

لأبي الحسن علي بن عبد السّلام التسولي
المتوفى سنة ١٢٥٨هـ

على

الأرجوزة المسمّاة بتحفة الحكّام

للقاضي أبي بكر محمد بن محمّد بن عاصم الأندلسي
المتوفى سنة ٨٢٩هـ

ومعه

حُلى المعاصم لفكر ابن عاصم

للإمام أبي عبد الله محمّد بن محمّد التاودي
المتوفى سنة ١٢٠٩هـ

وهو شرح أرجوزة تحفة الحكّام

ضبطه وصححه
محمد عبد القادر شاهين

الجزء الأول

منشورات
محمد علي بيضون
دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

الطبعة الأولى
١٤١٨هـ - ١٩٩٨م

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

العنوان : رمل الظريف، شارع البحتري، بناية ملكارت
تلفون وفاكس : ٣٦٤٣٩٨ - ٣٦٦١٣٥ - ٦٠٢١٣٣ (١ ٩٦١) ٠٠
صندوق بريد: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

DAR al-KOTOB al-ILMIYAH
Beirut - Lebanon

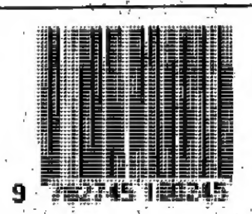
Address : Ramel al-Zarif, Bohtory st., Melkart bldg., 1st Floore.
Tel. & Fax : 00 (961 1) 60.21.33 - 36.61.35 - 36.43.98
P.O.Box : 11 - 9424 Beirut - Lebanon

Dar al-Kotob al-Ilmiyah - Publishing House
P.o.box : 11-9424 Beirut - Lebanon

ISBN 2-7451-0024-6

EAN 9782745100245

No 00025



بسم الله الرحمن الرحيم

ترجمة التُّسُولي[1]

هو علي بن عبد السلام بن علي، أبو الحسن التسولي[2]. فقيه، من علماء المالكية، تسوليّ الأصل والمولد؛ يلقّب «مديدش». نشأ بفاس، وولي القضاء بها، ثم بتطوان وغيرها، وتوفي بفاس سنة ١٢٥٨هـ.

له من المصنفات عدا «البهجة شرح التحفة» الذي بين أيدينا: «شرح مختصر الشيخ بهرام» في الفقه، و«شرح الشامل» في عدة مجلدات، و«حاشية على شرح التاودي للامية الزقاق» في الفقه، و«وثائق الزياتي» جمعها ورتّبها، و«النوازل»، و«جواب على سؤال لعبد القادر الجزائري»، وله فتاوى وتقاييد.

---

(١) انظر ترجمته في الأعلام للزركلي (٤/٢٩٩).

(٢) التسول (بالضم): قبيلة من البربر نسبت إليهم المدينة.

ترجمة التاودي[1]

هو محمد بن محمد الطالب بن محمد بن علي ابن سودة المري الفاسي التاودي[2]؛ فقيه المالكية في عصره وشيخ الجماعة بفاس. ولد سنة ١١١١هـ، وذاعت شهرته بعد رحلة قام بها إلى مصر والحجاز، وتوفي سنة ١٢٠٩هـ.

له من المصنفات عدا «حلي المعاصم» الذي بين أيدينا: «زاد المجدّ الساري» حاشية على البخاري، و«تعليق على صحيح مسلم»، و«حاشية على سنن أبي داود»، و«شرح مشارق الصغاني»، و«شرح الأربعين النووية»، و«الفهرسة الصغرى» في شيوخه ونصوص إجازاتهم له، و«الفهرسة الكبرى» في من لقيه من الصالحين، و«شرح لامية الزقاق» في علم القضاء.

---

(١) انظر ترجمته في الأعلام للزركلي (٦/ ٦٢).

(٢) التاودي في الأصل: نسبة إلى «تاودة» بضم الواو، قرية من أعمال فاس، ثم صار أهل المغرب وخصوصاً أهل فاس يلقبون به أبناءهم تيمناً بأحد من ينتسب إليها وهو أبو عبد الله التاودي دفين خارج باب الجيسة.

ترجمة ابن عاصم

ترجم له الشارح التسولي. انظر صفحة (٨و ٩) من هذا الجزء. وله ترجمات في الكتب التالية:

- الأعلام (٧/ ٤٥).
- معجم المؤلفين (١١/ ٢٩٠).
- دائرة المعارف الإسلامية (١/ ٢١٩).
- المكتبة الأزهرية (٢/ ٣١٣).
- شجرة النور (ص ٢٤٧).
- نيل الابتهاج (٢٨٩، ٢٩٠).
- معجم المطبوعات (ص ١٥٦).
- كشف الظنون (ص ٣٦٥).
- إيضاح المكنون (١/ ١٢٧، ١٥٥، ١٥٧، ٢/ ٦١٠).
- هدية العارفين (١/ ١٨٥).

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الواحد الأحد ذي الجلال والإكرام، المبين لعباده على لسان رسله شرائع الأحكام من واجب وحلال وحرام، وكلفهم بالوقوف عند حدودها واتباع أوامرها واجتناب نواهيها تكليفاً لا انفصال لهم عنه ولا انفصام، وأمر رسله وورثتهم من خلقه بتنفيذها بين عباده ليرتفع الظلم والفساد والهرج والعناد تنفيذاً لا يشوبه حيف في إقامة الحق بين ذوي الخصام، والصلاة والسلام على سيدنا محمد قطب دائرة الكونين المؤيد بالوحي والإلهام، وعلى آله وأصحابه الذين مهدوا للذين من بعده فاستنار الحق واستقام وقاموا بالشريعة المطهرة أحسن قيام.

وبعد: فيقول أفقر العبيد إلى الله الغني به عمن سواه الراجي عفوه في سره ونجواه علي بن عبد السلام التسولي أصلاً ومنشأً، الفاسي داراً وقراراً: لما كانت تحفة الحكام من أجل ما ألف في علم الوثائق والإبرام لسلامة نظمها ووجازة لفظها، ولكونها قد اجتمع فيها ما افترق في غيرها ومنّ الله علينا بتدريسها وإقرائها وإبراز خفي معانيها وذكر فروع تناسبها ونكت تقيد شواردها وتحل مقفلها، طلب مني الكثير من طلبة الوقت أن أضع لهم شرحاً عليها يشفي الغليل ويكمل المرام، ويكشف من خفي معانيها ما وراء اللثام ويحتوي على إعراب كل ألفاظها ليتدرب المبتدىء بعلم النحو الذي عليه المدار في الفهم والإفهام، وعلى بيان منطوقها ومفهوم الكلام، وعلى إبراز فرائد الفوائد وفروع تناسب المقام مبيناً فيه ما به العمل عند المتأخرين من قضاة العدل والأئمة الكرام، مصلحاً فيه ما يحتاج إلى الإصلاح من ألفاظه المخلة بالنظام، شارحاً فيه غالب وثائق الأبواب وإن أدى ذلك إلى الإطناب ليتدرب بذلك من لم يتقدم له مسيس بالفتوى من الأنام ويهتدي إلى كيفية تنزيل الفقه على وثائق الأحكام، فأجبتهم إلى ذلك بعد التوقف والإحجام،

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الحكم العدل الذي لا معقب لحكمه ولا مرد لقضائه والصلاة والسلام على أفضل من أوتي الحكمة والخطاب الفصل خير خلقه وخاتم رسله وأنبيائه، وعلى آله وأصحابه أولي السماحة والبذل ومن تبعهم بإحسان إلى يوم لقائه.

وبعد: فهذا شرح وجيز على رجز الإمام القاضي أبي بكر محمد بن عاصم رحمه الله تعالى قصدت فيه حل ما يحتاج من ألفاظه إلى الحل والاقتصار على ما لا مندوحة عنه من النقل، متوخياً في ذلك أسعد النقول بعبارته وأقربها إلى رمزه وإشارته، متجافياً عن طريق التطويل الممل والإيجاز المخل معرضاً عن إعرابه البين آتياً بما هو منه في نظري متعين، والله الكريم الرحمن الرحيم أسأل أن يخلص النية ويفسح الطوية، ويتم المراد ويجعله من العمل المقبول يوم التناد بجاه عين الرحمة والواسطة في كل نعمة سيدنا ومولانا محمد صلى الله عليه وعلى آله وصحبه.

وتقديم رجل وتأخير أخرى في مدة من الأيام مستعيناً على ذلك كله بالواحد الأحد الملك العلام، مرتكباً في ذلك أبسط العبارة غير مكتف عن التصريح بالرمز والإشارة ليطابق الشرح المشروح ويهتدي إلى فهمه من تقدم له أدنى مسيس بعلم الفقه والعربية، وخلا ذهنه عن رديء الأوهام مشيراً بصورة (خ)المعجمة إلى الشيخ خليل وبصورة (ت) إلى شيخ شيوخنا سيدي محمد التاودي أحد شراح هذا الكتاب وبصورة (م) إلى الشيخ ميارة ذي العلم الجليل وبصورة (ح) المهملة إلى الإمام الحطاب، ولكون الإعراض يكفي في الإشارة لأولي الألباب لم أصرح بالانتقاد على أحد من شراح هذا الكتاب. نعم وقع بعض ذلك في صدره ليقاس عليه ما بقي من بعده، وأيضاً فإن لكل أحد منهجاً يقتضيه ومذهباً يختاره للفتوى ويصطفيه. وأقول كما قال صاحب التسهيل: وإذا كانت العلوم منحاً إلهية ومواهب اختصاصية فغير مستبعد أن يدخر لبعض المتأخرين ما عسر على كثير من المتقدمين.

ولما منَّ الله تعالى عليّ بالشروع فيه ولم يكن اطلع عليه أحد وهو مما نضمره ونخفيه أخبرني بعض الطلبة الطالبين للشرح المذكور الصادق في خلوص الطوية والمحبة أنه رأى في المنام أني وضعت عليها شرحاً فائقاً كبدر التمام، فزادني ذلك انتشاطاً وتثبتاً بالمقصود واغتباطاً لعلمي بصدق طويته وعدم كذبه في خبره على الدوام، وكنت ترددت أياماً في كيفية تسميته فأشار إلي هاتف في المنام بأن أسميه البهجة في شرح التحفة مأخوذاً من قوله تعالى: ﴿ذات بهجة﴾ [النمل: ٦٠] والله سبحانه المسؤول في بلوغ المأمول إنه على ما يشاء قدير، وبالإجابة جدير وهو حسبي ونعم الوكيل.

فالناظم رحمه الله: هو القاضي أبو بكر محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي الغرناطي، ولد رحمه الله ثاني عشر جمادى الأولى من عام ستين وسبعمائة، وتوفي حادي عشر شوال من عام

مقدمة: قال الشعراني في العهود أخذ علينا العهد العام من رسول الله ﷺ ونرجو من ربنا الوفاء به أن نخلص النية لله تعالى في علمنا وعملنا وسائر أحوالنا من سائر الشوائب حتى من شهود الإخلاص، ومن خطور استحقاقنا ثواباً على ذلك، وإن خطر لنا طلب ثواب شهدناه من باب المنة والفضل. قال تعالى: ﴿وما أمروا إلا ليعبدوا الله مخلصين له الدين﴾ [البينة: ٥] الآية وقال ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات» الحديث. وقال: «اخلص دينك يكفك العمل القليل» وقال: «طوبى للمخلصين أولئك مصابيح الهدى تنجلي عنهم كل كربة». وروى الطبراني مرفوعاً: «إذا كان آخر الزمان صارت أمتي ثلاث فرق. فرقة يعبدون الله خالصاً، وفرقة يعبدون الله تعالى رياء، وفرقة يعبدون الله تعالى ليأكلوا به أموال الناس» الحديث. ثم قال: وجميع ما ورد في فضل العلم والعمل إنما هو في حق المخلصين فيه فإياك يا أخي والغلط فإن الناقد بصير اهـ. باختصار. والظن في هؤلاء الأئمة الذين نفع الله بتآليفهم وعكف الخلق على تصانيفهم صدق النية وكمال الإخلاص الموجب لمزيد القرب والاختصاص.

فالمؤلف رحمه الله تعالى هو القاضي أبو بكر محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي الغرناطي ولد ثاني عشر جمادى الأولى من عام ستين وسبعمائة وتوفي بشوال عام تسعة وعشرين وثمانمائة. وقد أشار إلى ذلك أبو عبد الله ابن القاضي على طريق نظم الوفيات للقشتالي بقوله:

تسعة وعشرين وثمانمائة، وقد أنشد أبو عبد الله محمد بن أبي القاسم بن القاضي بيتاً رمز فيه لولادة الناظم ووفاته وبلده على طريق نظم الوفيات للكاتب القشتالي فقال:

وقد (رقصت) غرناطة بابن عاصم   و(سحت دموعاً) للقضاء المنزل

فرمز بحروف رقصت لسنة الولادة ومجموعها بحساب الجمل ستون وسبعمائة مع ما في التعبير بالرقص من المناسبة، إذ الرقص الفرح والسرور، ورمز للوفاة بحروف سحت دموعاً ومجموعها بالحساب المذكور ثمانمائة وتسعة وعشرون مع ما في التعبير بذلك من الإشارة للموت. ومن شيوخه رحمه الله الأستاذ أبو سعيد فرج بن قاسم بن لب، والأستاذ أبو عبد الله القيجاطي، وناصر السنة الأستاذ أبو إسحاق إبراهيم بن موسى الشاطبي، وقاضي الجماعة الحافظ أبو عبد الله محمد بن علاق، وخالاه محمد وأحمد ولدا أبي القاسم بن جزي، والشريف أبو عبد الله محمد التلمساني، والقاضي أبو إسحاق إبراهيم بن عبد الله النميري، والأستاذ أبو عبد الله محمد بن علي البلنسي وغيرهم. كان رحمه الله تعالى فاضلاً متقناً لعلم الفقه والقراءات، مشاركاً في العربية والمنطق والأصول والحساب والفرائض مشاركة حسنة متقدماً في الأدب نظماً ونثراً وكتابة وشعراً إلى براعة خط وإحكام رسم وإتقان بعض الصنائع العلمية كتسفير الكتب وتنزيل الذهب وغيرهما. وله تآليف عديدة منها هذه الأرجوزة، وأخرى في الأصول سماها: مهيع الوصول في علم الأصول، وأخرى في النحو حاذى بها رجز ابن مالك، وأخرى في الفرائض، وقصيدة سماها: إيضاح المعاني في قراءة الثماني، وأخرى سماها: الأمل المرقوب في قراءة يعقوب، وغير ذلك كما في الابتهاج للشيخ أحمد بابا كان الله للجميع آمين.

قال رحمه الله[1] (بسم) جار ومجرور متعلق بمحذوف قدره بعضهم فعلاً وبعضهم مصدراً

وقد (رقصت) غرناطة بابن عاصم   و (سحت دموعاً) للقضاء المنزل

فأشار بحروف رقصت للولادة مع ما فيها من المناسبة لأن الرقص يكون مع الفرح والسرور، وبحروف سحت دموعاً للوفاة. ومن شيوخه رحمه الله أبو سعيد بن لب، وأبو عبد الله القيجاطي، وأبو إسحاق الشاطبي، وأبو عبد الله بن علاق، وخالاه ولدا أبي القاسم بن جزي، والنميري والبلنسي وغيرهم. كان رحمه الله فاضلاً متقناً لعلم القراءات مشاركاً في العربية والمنطق والأصول والحساب والفرائض والأحكام مشاركة حسنة، متقدماً في الأدب نظماً ونثراً وكتابة وشعراً إلى براعة خط وإحكام رسم وإتقان بعض الصنائع العلمية كتسفير الكتب وتنزيل الذهب وغيرهما. له تآليف عدة منها هذه الأرجوزة وأخرى في الأصول سماها: مهيع الوصول في علم الأصول، وأخرى فيه أيضاً، وأخرى في النحو حاذى بها رجز ابن مالك، وأخرى في الفرائض. وقصيدة سماها إيضاح المعاني في قراءة الثماني، وأخرى سماها الأمل المرقوب في قراءة يعقوب وغير ذلك. انظر الابتهاج لسيدي أحمد بابا كان الله للجميع آمين.

---

(١) قوله: قال رحمه الله يعني الناظم لعل النسخة التي شرح عليها مبتدأة بالبسملة فلذلك كتب عليها رحمه الله.

مرفوعاً على الابتداء، والتقدير على الأول بسم الله أؤلف أو أنظم، وقدر مؤخراً طلباً للاهتمام والاختصاص، وعلى الثاني تأليفي أو نظمي بسم الله ثابت أو حاصل، فحذف المبتدأ وخبره وبقي معمول المبتدأ، والباء للاستعانة أو للمصاحبة، وإنما قدر العامل هنا من مادة التأليف أو النظم لأن الذي يتلو البسملة هنا مؤلف وناظم والتالي لها في كل محل يعين العامل المحذوف. ثم إن لفظ اسم الذي هو ألف سين ميم يطلق في اللغة إطلاقاً شائعاً على ما يعم أنواع الكلمة فيصدق بلفظ زيد ولفظ قام وهل مثلاً، وفي اصطلاح النحاة على ما يقابل الحرف والفعل ويطلق أيضاً في اللغة إطلاقاً غير شائع على الذات فيصدق بذات زيد وذات عمرو، وهكذا. قال الفخر: الاسم يطلق لمعان ثلاث إلى أن قال الثاني ذات الشيء، وقال ابن عطية: يقال ذات ونفس وعين واسم بمعنى اهـ. فعلى الشائع مدلوله اللفظ المفرد الموضوع لمعنى الصادق بلفظ زيد ولفظ قام وهل ونحوها من الألفاظ الدالة على معنى وهو الذات في الأول والقيام في الثاني والاستفهام في الثالث، وعلى غير الشائع مدلوله الذات الصادقة بذات زيد وذات عمرو ونحوهما. فإذا قلت: رأيت اسم زيد فمعناه رأيت ذاته وعينه لا لفظه، فقولهم قد اختلف هل الاسم عين المسمى أو غيره؟ مرادهم اختلف في مدلول لفظ اسم حيث استعمل في التراكيب الجزئية التي لا يراد فيها مدلوله الذي هو مطلق اللفظ على الشائع أو مطلق الذات على غيره، وإنما يراد بعض ما صدقات مدلوله في الجملة فقيل فيه إذ ذاك: إن مدلوله لفظ زيد مثلاً الذي هو على الشائع من ما صدقات مدلوله، ولفظ زيد غير المسمى الذي هو ذاته، وقيل إن مدلوله عين المسمى وهو ذات زيد مثلاً التي هي على غير الشائع من ما صدقاته وعلى الشائع هي مدلول ما صدقه وليس مدلوله لفظ زيد على هذا القول.

(الحمد لله) [١] ابتدأ بالحمد اقتداء بكتاب الله تعالى وامتثالاً لقوله ﷺ: «كل كلام لا يبدأ فيه بحمد الله فهو أجذم» رواه أبو داود. والحمد: لغة هو الوصف بالجميل الاختياري على جهة التعظيم أو تقول هو الثناء باللسان على قصد التعظيم سواء تعلق بالنعمة أو بغيرها. والشكر: فعل ينبيء عن تعظيم المنعم لكونه منعماً سواء كان باللسان أو بالأركان أو بالجنان. فالحمد لا يكون إلا باللسان ومتعلقه يكون النعمة وغيرها، ومتعلق الشكر لا يكون إلا النعمة ومورده يكون اللسان وغيره. فالحمد أعم من الشكر باعتبار المتعلق وأخص باعتبار المورد والشكر بالعكس قاله التفتازاني. وحاصله: أن بينهما عموماً وخصوصاً من وجه، وفي تفسير الرازي في الفرق بين المدح والحمد والشكر أن المدح أعم من الحمد، لأنه يحصل للعاقل وغيره. ألا ترى أنه يمدح الياقوت على نهاية صفائه وصقالته فيقال: ما أحسنه وما أصفاه، والحمد لا يكون إلا للفاعل المختار على ما يصدر منه من الإنعام والإحسان، والحمد أعم من الشكر لأن الحمد عبارة عن تعظيم الفاعل لأجل ما صدر عنه من الإنعام سواء كان ذلك الإنعام واصلاً إليك أو إلى غيرك، وأما الشكر فهو عبارة عن تعظيمه لإنعام وصل إليك وحصل عندك قال: فثبت بما ذكرنا أن المدح أعم من الحمد والحمد أعم من الشكر انتهى باختصار.

---

(١) ترك التاودي رحمه الله الكلام على البسملة ولعل النسخة التي وقعت له لم تفتح بالبسملة اهـ.

وبالجملة فذات زيد مثلاً هي بعض مدلول ما صدقات الاسم على الأول وهي بعض ما صدقاته على الثاني لأن مدلول الاسم على الأول هو اللفظ الدال على معنى ولفظ زيد بعض ما صدق عليه ذلك اللفظ وذاته هي مدلول ما صدقه، وعلى الثاني هي ما صدقه لا مدلول ما صدقه فمدلوله على الأول لفظ دال على معنى أياً كان، ومدلوله على الثاني نفس المعنى أياً كان. ودليل القول الأول قوله تعالى: ﴿ولله الأسماء الحسنى﴾ [الأعراف:١٨٠] أي ألفاظ دالة عليه ﴿فادعوه بها﴾ [الأعراف:١٨٠] وقوله ﷺ: «إن لله تسعة وتسعين اسماً» أي لفظاً للقطع بأن المسمى واحد لا تعدد فيه. ودليل القول الثاني قوله تعالى: ﴿سبح اسم ربك الأعلى﴾ [الأعلى:١] والتسبيح الذي هو التنزيه عن صفات المحدثات إنما هو للذات دون اللفظ، وكذا قوله تعالى: ﴿ما تعبدون من دونه إلا أسماء سميتموها﴾ [يوسف:٤٠] وعبادتهم إنما هي للمسميات دون الأسامي. وإذا تقرر هذا علمت أن لفظ اسم في البسملة هو مقحم على الأول أو بمعنى التسمية أو من إضافة العام إلى الخاص إذ معناه بدأت مستعيناً بالله أو بتسمية الله أو بسم هو الله، وأما على الثاني فلا يؤول بشيء إذ معناه مستعيناً بمسمى الله ومسماه هو ذاته العلية أي مستعيناً بمسمى هذا اللفظ على أن الخلاف لفظي كما صرح به الشيخ زكريا وغيره فمن قال: إنه غير المسمى أراد حيث يكون الحكم مناسباً لغير المسمى كقولك: تلوت اسم زيد أي لفظه ومن قال: إنه عين المسمى أراه حيث يكون الحكم مناسباً لذلك أيضاً كقولك: رأيت اسم زيد أي ذاته، وأما تقسيم الأشعري رضي الله عنه أسماء الله تعالى إلى ثلاثة أقسام ما هو نفس المسمى أي مدلوله نفس المسمى مثل لفظ الله الدال على ذاته تعالى، وما هو غيره كالخالق والرازق ونحوهما من صفات الأفعال أي يفهم منها غيره تعالى وهو الخلق والرزق الناشئان عن قدرته بخلاف الأول إذ لا يفهم من لفظ الله سوى ذاته تعالى وما هو لا عينه ولا غيره كالعالم والقادر ونحوهما من الصفات القديمة، فليس من هذا القبيل لأنه لم يقل ذلك في لفظ الاسم، والخلاف المتقدم إنما هو في لفظ الاسم لكن قال بعضهم: إن قوله لا عينه ولا غيره لا يخلو من صعوبة وإشكال، وقد انفصل عن ذلك بعضهم بأن المراد أن تلك الصفة الحقيقية ليست غير الذات مفهوماً أي مدلولاً ولا عينها خارجاً اهـ. ولعله يريد أنه لا يقال أن مدلولها غير الذات ولا عين الذات، بل مدلولها الذات بصفتها والله أعلم. وهذه المسألة عويصة بسطت الكلام فيها لصعوبتها على الولدان المبتدئين.

تنبيه: قال البغوي في اختصار قواعد القرافي ما نصه: قال صاحب الخصال الأندلسي: يجوز الحلف بقولك: بسم الله، وتجب به الكفارة، قال القرافي: هذه المسألة فيها جور بسبب الاسم ههنا إن أريد به المسمى استقام الحكم، وإن لم يرد به المسمى فقد حكى ابن السيد البطليوسي أن العلماء اختلفوا في لفظ الاسم هل هو موضوع للقدر المشترك بين الأسماء فمسماه لفظ أو وضع في اللغة للقدر المشترك بين المسميات فلا يتناول إلا مسمى؟ قال: وهذا

ولا يخفى ما فيه من المخالفة لكلام السعد وغيره. قال الرازي: ولم يقل الشكر لله لاقتضائه أن تعظيم العبد لله إنما هو لإيصال النعمة إليه وهذه درجة صغيرة، فأما إذا قال الحمد لله فهذا يدل على أن العبد حمده لكونه مستحقاً للحمد لا لخصوص كونه تعالى أوصل النعمة إليه فيكون الإخلاص أكمل واستغراق القلب في مشاهدة جلال الحق أتم اهـ.

هو خلاف تحقيق العلماء في أن الاسم هو المسمى أولاً، وأن الخلاف إنما هو لفظ الاسم الذي هو ألف سين ميم، وأما لفظ نار وذهب فلا يصح أن يقول عاقل أن لفظ نار هو عين النار حتى تحرق فم من ينطق بهذا اللفظ، وإذا فرعنا على هذا وقلنا الاسم موضوع للقدر المشترك بين الأسماء، وأن مسماه لفظ فينبغي أن لا تلزم به كفارة إذا حلف به وأن لا يجوز الحلف به كما لو قلنا: ورزق الله فإن إضافة المحدث إلى الله لا يصيره مما يجوز الحلف به، وإن قلنا هو موضوع للقدر المشترك بين مسميات والقاعدة أن الدال على الأعم غير دال على الأخص وما يكون كذلك لا يحلف به ولا يكون قسماً إلا بنية أو عرف ناقل ولا واحد منهما ههنا فلا تجب كفارة إذا لم يتعين صرف اللفظ لجهة الله اهـ لفظه.

قلت: تأمل قوله: فلا يصح أن يقول عاقل أن لفظ نار هو عين النار الخ. فإنه غير سديد. وصوابه: أن يقول فلا خلاف في أن مدلول لفظ نار هو عين النار لأن الخلاف إنما هو في مدلول لفظ الاسم لا في مدلول غيره إذ مدلول غيره من الألفاظ هو عين المسمى اتفاقاً.

(الله): مضاف إليه وأصله إله أسقط منه الهمز ثم أبدل بأل كما قال:

والاسم ذو التقديس هو الله ... على الأصح أصله إله
أسقط منه الهمز ثم أبدلا ... بأل التعريف لذاك جعلا

وهل مشتق أو جامد؟ فيه أقوال ليس هذا محلها ولا بأس بالإشارة إلى بعضها فقيل: هو مشتق من التأله وهو التنسك والتعبد يقال إله آلهة أي عبد عبادة، وقيل من الإله وهو الاعتماد يقال: ألهت إلى فلان أي فزعت إليه واعتمدت عليه، ومعناه: أن الخلق يفزعون ويتضرعون إليه في الحوادث والحوائج فهو يألههم أي يجيرهم فسمي إلهاً. وقيل: هو من ألهت في الشيء إذا تحيرت فيه فلم تهتد إليه ومعناه: أن العقول تتحير في كنه صفته وعظمته والإحاطة بكيفيته فهو إله كما يقال للمكتوب كتاب وللمحسوب حساب. وقال المبرد: هو من قول العرب ألهت إلى فلان أي سكنت إليه فكأن الخلق يسكنون ويطمئنون بذكره، وقيل: أصله من الوله وهو ذهاب العقل لفقدان من يعز عليك، وكأنه سمي بذلك لأن القلوب تتوله لمحبته وتطرب وتشتاق عند ذكره، وقيل: معناه المحتجب لأن العرب إذا عرفت شيئاً ثم حجب عن أبصارها سمته إلهاً تقول: لاهت العروس تلوه لوهاً إذا احتجبت، فالله تعالى هو الظاهر بالربوبية بالدلائل والأعلام

قلت: ويأتي هذا المعنى على الطريقة الأولى وهي أن الحمد هو الثناء على المحمود بجميل صفاته تعالى بالنعمة أولى فيكون الحمد على هذا أثبت وأقوى لكون العبد حينئذ عظم مولاه لكمال ذاته وجلال صفاته لا من حيث إنعامه عليه ولا على غيره. والله علم على الذات الواجب الوجود المستحق لجميع المحامد، ولذا لم يقل للخالق أو الرازق أو نحوهما لئلا يتوهم اختصاص استحقاقه الحمد بوصف دون وصف، وأل في الحمد للاستغراق. وقيل: للجنس. وقال الشيخ أبو العباس المرسي: إنها للعهد وذلك أن الله تعالى لما علم عجز خلقه عن كنه حمده حمد نفسه في الأزل نيابة عن خلقه قبل أن يحمدوه، ثم أمرهم أن يحمدوه بذلك فقال له ابن النحاس: أشهدك يا سيدي أنها عهدية، قال الحطاب: وهو معنى حسن.

والمحتجب من جهة الكيفية عن الأوهام. حكى هذه الأقوال الشيخ عبد القادر الجيلاني في كتابه المسمى: غنية الطالب نفعنا الله به. **(الرحمن الرحيم)**: نعتان لله، وقيل الرحمن بدل والرحيم نعت للرحمن والرحمن المنعم بجلائل النعم والرحيم المنعم بدقائقها، وقدم الأول وهو الله لدلالته على الذات، ثم الثاني لاختصاصه به ولأنه أبلغ من الثالث، فقدم عليه ليكون كالتتمة والرديف، ولأن الثالث لا يختص به تعالى بدليل قوله: ﴿بالمؤمنين رؤوف رحيم﴾ [التوبة:١٢٨]:

١ـ الْـحَـمْـدُ للهِ الَّـذِي يَـقْـضِـي وَلاَ يُـقْـضَـى عَـلَـيْـهِ جَـلَّ شَـأْنـاً وَعَـلاَ

(الحمد لله): مبتدأ وخبر أي الصفات الجميلة كلها واجبة لله، ومعنى، وجوبها أنه لا يتصور في العقل عدم وصفه بها، والجملة خبرية لفظاً إنشائية معنى إذ المراد إنشاء الثناء بمضمونها أي أنشىء وصفه تعالى بكل جميل، وأتى بالحمد بعد البسملة اقتداء بالكتاب العزيز وامتثالاً لقول رسول الله ﷺ: «كل أمر ذي بال لا يبتدأ فيه بالحمد لله فهو أجذم» أي مقطوع البركة. كما ورد عنه عليه السلام أنه قال: «كل أمر ذي بال لا يبتدأ فيه ببسم الله الرحمن الرحيم فهو أبتر» أي ذاهب البركة، فحمل الناظم رحمه الله حديث البسملة على الابتداء الحقيقي بحيث لا يسبقه شيء، وحديث الحمدلة على الابتداء الإضافي القريب منه بأن يذكر الحمد عقب البسملة متصلاً بها كما يدل عليه القرآن فهو مبين لكيفية العمل بالحديثين، وهذا أحد الأجوبة عما أوردوه من أن الابتداء بأحدهما يفوت الابتداء بالآخر، ولنقتصر عليه لكونه أحسنها.

ثم إن الحمد لغة هو الوصف بالجميل على الجميل على جهة التعظيم والتبجيل، فالمراد بالوصف الذكر باللسان فقط، وخرج بالجميل الوصف بالقبيح فليس حمداً بل ذماً وبقوله: على جهة التعظيم الخ، الوصف بالجميل تهكماً نحو: ﴿ذق إنك أنت العزيز الكريم﴾ [الدخان:٤٩] وقيل: لا حاجة لزيادة هذا القيد بل هو مستغنى عنه بقوله: بالجميل على الجميل وهو الظاهر لأنه في الآية الكريمة وصفه بالجميل وهو غير متصف به في الحقيقة بل مجازاً باعتبار ما كان عليه، والمجاز غير محترز عنه في الحدود بل إنما يحترز فيها عما يشارك المحدود في الإطلاق الحقيقي. وله أركان خمسة: الصيغة والحامد والمحمود وهذه الثلاثة يتضمنها لفظ الوصف وهو لا يكون إلا باللسان، والرابع: المحمود به وهو صفة كمال يدرك العقل السليم حسنها، والمراد كونه جميلاً في الواقع أو عند الحامد أو المحمود بزعم الحامد، والخامس: المحمود عليه وهو ما يقع الوصف الجميل بإزائه ومقابلته فهو الباعث على الحمد، وهذان مصرح بهما في التعريف فلفظ الحمد في كلام الناظم يتضمن الصيغة أي اللفظ الذي يؤدى به الوصف ويتضمن الحامد أي الواصف ويتضمن أيضاً المحمود به، إذ كل واصف لا بد له من لفظ بصفة يصف بها غيره،

(الذي يقضي) يحكم **(ولا يقضى عليه)** أي وكل قاض وحاكم سواه تعالى مقضي عليه من مولاه وممن ولاه فما أحراه أن يستشعر ذلك ويستحضر أنه مسؤول هنالك فيتوخى الإصابة للعدل ويذكر يوم القضاء والفصل وأن الذي بيده منه مجاز كموليه ﴿إن الحكم إلا لله يقص الحق وهو خير الفاصلين﴾ [الأنعام:٥٧] **(جل)** عظم **(شأناً)** تمييز والشأن الأمر والحال قاله الجوهري **(وعلا)** فعل عطف على جل أو مصدر على في المكارم من باب تعب علاء بالمد والفتح كما في المصباح وقصره

وقوله: (لله) هو المحمود، فهذه أربعة، وأما المحمود عليه وهو الباعث على الحمد فقد يستفاد من قوله الذي يقضي الخ أي فكونه يقضي على غيره ولا يقضى عليه هو صفة جميلة في غاية الكمال، وذلك هو الباعث على وصفه بكل جميل فكأنه قال: الوصف بكل جميل من قدرة وعلم وغيرهما ثابت لله، والباعث على وصفي له بذلك هو كونه يقضي ولا يقضى عليه، وأيضاً فإن المحمود به والمحمود عليه قد يتحدان معنى ويفترقان بالاعتبار كما لو قلت: أحمده تعالى بالصفات الجميلة من قدرة ونحوها لكونه متصفاً بها فالقدرة مثلاً من حيث الوصف بها محمود بها ومن حيث إنها باعثة على الحمد محمود عليها فلا شك أن الحمد في النظم متضمن للأركان الخمسة. والحمد والمدح مترادفان كانا في مقابلة نعمة أم لا. كما للزمخشري في فائقه خلافاً للرازي حيث فرق بين الحمد والمدح بأن المدح أعم من الحمد لأنه يحصل للعاقل وغيره قائلاً: ألا ترى أنه يمدح الياقوت على نهاية صفائه وصقالته فيقال: ما أحسنه وما أصفاه، والحمد لا يكون إلا للفاعل المختار على ما يصدر منه من الإنعام كان ذلك الإنعام واصلاً إليك أو إلى غيرك اهـ. وعليه فيقيد المحمود عليه بالاختياري وبكونه في مقابلة نعمة ليخرج المدح، لكن يلزم على التقييد به خروج الثناء على الصفات القديمة وأنه لا يكون حمداً بل مدحاً فقط وليس كذلك، وما أجيب به عن خروج الصفات القديمة من تعريف الحمد بناء على ذلك التقييد من أنها لما كانت مبدأ للأفعال الاختيارية كان الحمد عليها حمد على تلك الأفعال الاختيارية تمحل غير سديد، فلا يعول عليه، والصواب ما في الفائق من ترادفهما. قاله الشيخ البناني في شرح السلم.

وأما الحمد عرفاً أي: شرعاً فهو فعل ينبىء عن تعظيم المنعم بسبب كونه منعماً وهو مساو للشكر لغة وبينهما وبين الحمد لغة عموم وخصوص من وجه فعمومهما باعتبار المورد لأنهما يكونان باللسان وبغيره من الأركان وعمومه هو باعتبار المتعلق لأنه يكون في مقابلة نعمة وغيرها فيجتمعان فيما إذا كان الوصف باللسان في مقابلة نعمة، وينفردان عنه فيما إذا كانا بغير اللسان في مقابلة نعمة وينفرد هو عنهما فيما إذا كان باللسان لا في مقابلة نعمة.

وأما الشكر عرفاً؛ فهو صرف العبد جميع ما نعم الله به عليه من سمع وغيره إلى ما خلق لأجله فهو أخص مطلقاً من كل واحد من الثلاثة قبله لتقييده بمنعم مخصوص وهو الله سبحانه حيث قيل في حده: جميع ما أنعم الله به عليه، ولم يقل أنعم به عليه ولتقييده أيضاً بنعمة واصلة إلى عبده الشاكر، ولشموله لجميع الجوارح بخلاف الحمدين قبله والشكر لغة فلم تقيد النعمة في ذلك بمنعم مخصوص ولا بكونها واصلة إلى الحامد أو الشاكر، بل وصلت إليه وإلى غيره، ولا يكون ذلك بجميع الجوارح كما لا يخفى، وهذا الشكر هو الشكر المأمور به شرعاً المعبر عنه

ضرورة، وقول الشيخ (م) اسم مصدر فيه نظر وعلى أنه مصدر يكون عطفاً على شأناً أي عظم أمره وعلاؤه ثم لا خفاء في حسن هذا المطلع واشتماله من البديع على براعة الاستهلال وهي أن يأتي المتكلم في أول كلامه بما يشعر بمقصوده على أنه مقتضب من قول ابن الحاج عصري ابن رشد في أرجوزته في القضاء المسماة بالياقوتة الحمد لله القديم الباقي البارىء المصور الخلاق الحكم العدل الذي لا يسأل في الأرض والسماء عما يفعل، والملك الحق الذي يقضي ولا يقضى عليه جل قدراً

بالتقوى والاستقامة الذي أخبر عنه تعالى بقوله: ﴿وقليل من عبادي الشكور﴾ [سبأ:١٣] وقوله تعالى: ﴿إلا الذين آمنوا وعملوا الصالحات وقليل ما هم﴾ [ص:٢٤] فلا يبلغ العبد حقيقة الشكر شرعاً إلا بكمال التقوى والاستقامة الظاهرة والباطنة أما المخلط في أحواله فلم يؤد ما وجب عليه من الشكر بتمامه، نعم الطاعة الصادرة منه هي بعض ما وجب عليه من الشكر، ولما لم يكن المخلط مؤدياً ما وجب عليه وكان الكثير من الناس مخلطاً قال تعالى: ﴿وقليل من عبادي الشكور﴾ الخ. إذ المراد بصرف الجميع أن لا يخرج العبد عن طاعة مولاه بأن تسلم جوارحه كلها من مخالفة أمره ونهيه في جميع الأوقات فلا يكون شاكراً لنعم الله تعالى شكراً حقيقياً إلا بصرف الجميع، والعبد لا يخلو عن نعم الله طرفة عين، وعن ذلك أفصح الجنيد رضي الله عنه بقوله: الشكر أن لا يعصى الله بنعمه، أي جوارحه لأنها نعمة من الله عليه قال هذه القولة في صباه. وبأدنى تأمل يعلم أن النسب ست إذ بين كل واحد من الثلاثة والشكر عرفاً العموم والخصوص بإطلاق، فهذه ثلاث نسب، وبين الحمد لغة والحمد عرفاً والشكر لغة العموم والخصوص من وجه وبين الحمد عرفاً والشكر لغة الترادف، فهذه ثلاثة أخر وقد نظم ذلك الشيخ (عج) رحمه الله بقوله:

إذا نسبا للحمد والشكر رمتها ... بوجه له عقل اللبيب يؤالف

فشكر لدى عرف أخص جميعها ... وفي لغة للحمد عرفاً يرادف

عموم لوجه في سوى ذين نسبة ... فذي نسب ست لمن هو عارف

وأل في الحمد للاستغراق وهي التي يصلح في موضعها كل نحو: ﴿إن الإنسان لفي خسر﴾ [العصر:٢] وذلك لأن الحمد إما قديم وهو حمد الله تعالى لنفسه أو لمن شاء من خلقه، أو حادث وهو حمد العباد لربهم سبحانه أو لبعضهم بعضاً، فالقديم صفته ووصفه والحادث خلقه وملكه فالحمد كله له، وقيل للجنس لأن جنس الحمد إذا ثبت لله ثبت له جميع أفراده فمؤداهما واحد، وقيل للعهد لأن الله سبحانه لما علم عجز خلقه عما يستحقه من الحمد حمد نفسه بنفسه في أزله قبل وجود خلقه ثم لما أوجدهم أمرهم أن يحمدوه بذلك. ولام لله للاستحقاق أي جميع المحامد مستحقة لله تعالى، ولا يصح كونها للملك لأن من أقسام الحمد حمد الله تعالى لنفسه أو لمن شاء من خلقه في أزله كقوله: نعم العبد ونحوه، وحمده لنفسه أو لخلقه بكلامه وكلامه قديم، والقديم لا يصح أن يملك فتعين كونها للاستحقاق أي يستحق الوصف بكل جميل لكونه واجباً له لا يتصور في العقل عدمه.

واسم الجلالة علم على الذات الواجب الوجود المستحق لجميع المحامد وهو أشهر أسمائه تعالى، قيل: إنه اسم الله الأعظم الذي إذا سئل به أعطى وإذا دعي به أجاب إذا وجد شرطه وهو التقوى، ولذا قبض الله تعالى عنه الألسن فلم يتسم به أحد قال تعالى: ﴿هل تعلم له سمياً﴾ [مريم:٥٦] أي هل تعلم أحداً من المخلوقات سمي الله؟ والاستفهام بمعنى النفي أي لم يتسم به غيره وهو أعرف المعارف قاله سيبويه. **(الذي)** نعت لله **(يَقضي)** بفتح الياء صلته والرابط ضمير يعود على الله **(ولا يُقضى)** بضم الياء مبنياً للمفعول **(عليه)** يتعلق به، والجملة معطوفة على الصلة والمعطوف على الصلة صلة أيضاً، ومعناه يحكم ولا يحكم عليه أي وكل قاض وحاكم

سواه تعالى مقضي عليه من مولاه وممن ولاه فيقال له: ما أحقك أن تستشعر ذلك وتستحضر أنك مسؤول عن كل حكم حكمت به هنالك. وفي البيت براعة الاستهلال وهي أن يأتي المتكلم في أول كلامه بما يشعر بمقصوده، فإنه لما كان قصده أن يتكلم في أحكام القضاء وصف الله سبحانه بأنه يقضي ولا يقضى عليه. **(جل)**: فعل ماض بمعنى عظيم **(شأناً)**: تمييز محول عن الفاعل كقوله تعالى: ﴿واشتعل الرأس شيباً﴾ [مريم:٤] أي عظم شأنه والشأن الأمر والحال قاله الجوهري. **(وعلا)**: فعل ماض أيضاً معطوف على جل وتمييزه محذوف أي قدراً أي جل شأنه وعلا قدره، ويحتمل أن يكون مصدراً من قولهم: علا في المكارم من باب تعب علاء بفتح العين ومد اللام كما في المصباح قصره ضرورة فيكون معطوفاً على قوله شأناً أي عظم شأناً وعلاء، ولا يصح أن يكون اسم مصدر لأن اسم المصدر هو ما كان لغير الثلاثي بوزن ما للثلاثي كأعطى عطاء واغتسل غسلاً، فاسم المصدر هو عطاء وغسل والمصدر إعطاء واغتسال فيقتضي أن علاء بمعنى إعلاء كما أن عطاء بمعنى إعطاء وليس كذلك لأن المعنى يأباه.

٢ـ ثُـمَّ الـصَّـلاةُ بِـدَوَامِ الأَبَـدِ   عَـلَـى الـرَّسُـولِ الـمُـصْـطَـفَـى مُـحَـمَّـدِ

(ثم الصلاة) من الله تعالى أي الرحمة منه إذ الصلاة لغة من الله رحمة، ومن الملائكة استغفار، ومن الآدميين دعاء بخير، ولكن لما كان في التعبير عن الرحمة بالصلاة من التعظيم ما ليس في لفظ الرحمة قال تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا صلوا عليه﴾ [الأحزاب:٦٥] الآية. فالمراد أن يطلب العبد من الله تعالى زيادة التكريم والإنعام والتعظيم لنبيه عليه السلام، وإلا فأصل الرحمة حاصل له عليه السلام فلا يطلب تحصيله ونفعها عائد على المصلي لخبر: «من صلّى عليّ مرة واحدة صلى الله عليه بها عشراً» فالصلاة عليه من أجلّ الأذكار وأعظمها ثواباً. **(بدوام)**: يتعلق بمحذوف حال من الصلاة أي مؤقتة بدوام **(الأبد)**: أي الدهر وهو حركة الفلك. **(على الرسول)**: خبر عن الصلاة **(المصطفى)**: نعت للرسول **(محمد)**: بدل والجملة معطوفة بثم على جملة الحمد قبلها. والرسول إنسان أوحي إليه بشرع وأمر بتبليغه، والمصطفى مشتق من الصفو وهو الخالص من الكدر والشوائب كلها وطاؤه مبدلة من تاء وكلاهما مقرون بأل علم بالغلبة على نبينا محمد ﷺ فإذا أطلقا لا ينصرفان لغيره من الرسل والأنبياء عليهم الصلاة والسلام، وهذه

وعلا سبحانه من واحد تعاظماً وعلم العلم أبانا آدما. **(ثم الصلاة)** أي صلاة الله تعالى أي ثناؤه أو رحمته أو تشريفه وتعظيمه. قال المبرد: أصل الصلاة الترحم وهي من الله رحمة ومن الملائكة رقة واستدعاء للرحمة. وقال أبو العالية: صلاة الله ثناؤه عليه عند ملائكته وصلاة الملائكة الدعاء. قال القشيري: هي من الله تعالى لنبيه ﷺ تشريف وزيادة تكرمة. **(بدوام الأبد)** حركة الفلك. وفي القاموس: الأبد الدهر والمجرور متعلق بمحذوف خاص أي حال كونها مؤقتة بدوام الدهر. **(على الرسول المصطفى)** كلاهما مقرونان بأل علم بالغلبة على سيدنا **(محمد)** فهو بدل، **والمصطفى** المختار أي من جميع الخلق فحذف المتعلق للعموم **(وآله)** أقاربه المؤمنون من بني هاشم، وقيل والمطلب **(والفئة)** الجماعة **(المتبعة)** له ﷺ وهو بكسر الباء فيشمل الصحابة والتابعين لهم بإحسان إلى يوم الدين **(في كل ما قد سنّه)** أي جعله سنّة أي طريقة في الدين **(وشرعه)** عطف تفسير **(وبعد)** هي من الظروف اللازمة للإضافة، وإذا قطعت عنها لفظاً ونوي معنى المضاف إليه بنيت لافتقارها إلى المضاف

الجملة خبر في اللفظ ومعناه الطلب فكأنه قال: اللهم صلِّ على الرسول الخ.. ثم لا يتوهم المصلي على النبي عليه الصلاة والسلام أن صلاتنا عليه شفاعة منا له عند الله تعالى في زيادة رفعته وعلو درجته فإن مثلنا لا يشفع لعظيم القدر عند ربه، بل هو عليه الصلاة والسلام مرفوع الدرجة عند ربه في غاية التكرمة والإنعام وعلو القدر، ولكن لما أحسن عليه الصلاة والسلام إلينا بهدايته إيانا إحساناً لم يحسنه إلينا أحد من المخلوقات أمرنا سبحانه بمكافأته بالصلاة عليه أي بأن تطلب من الله سبحانه أن يصلي عليه لتكون صلاته عليه مكافأة له منا وإقراراً برسالته ونبوته وتصديقاً به، وبما جاء به من وحدانية الله سبحانه.

٣ـ وَآلِـهِ وَالْـفِـئَـةِ الـمـتَّـبِـعَـهْ فـي كـلِّ مـا قَـدْ سَـنَّـهُ وَشَـرَعَـهْ

(وآله) أقاربه المؤمنون من بني هاشم. إذ هو عليه الصلاة والسلام محمد بن عبد الله بن عبد المطلب واسمه شيبة بن هاشم بن عبد مناف بن قصي بن كلاب بن مرة بن كعب بن لؤي بن غالب بن فهر بن مالك بن النضر بن كنانة بن خزيمة بن مدركة بن الياس بن مضر بن نذار بن معد بن عدنان.

قال ابن الحاجب: وبنو هاشم آل، وما فوق غالب غير آل وفيما بينهما قولان اهـ. وأخرج الطبراني في الأوسط عن أنس أن النبي ﷺ قال: «آل محمد كل تقي» وهل أصله أهل قلبت الهاء همزة ثم قلبت الهمزة ألفاً واقتصر عليه صاحب الكشاف أو أصله أول وهو رأي الكسائي، ورجحه بعضهم وهو صريح في أنه جمع لا واحد له من لفظه وتظهر ثمرة الخلاف في التصغير على أهيل أو أويل، وكلاهما مسموع ولا يضاف إلا لذي شرف فلا يقال آل الحجام، وأما آل فرعون فله شرف دنيوي وهو عطف على محمد إذ تجوز الصلاة على غير الأنبياء تبعاً واتفاقاً وفي جوازها استقلالاً وكراهتها ومنعها خلاف، وعلى الجواز فإنما يقصد بها الدعاء لأنها بمعنى التعظيم خاصة بالأنبياء عليهم الصلاة والسلام كخصوص عز وجل بالله تعالى، فلا يقال محمد عز وجل وإن كان ﷺ عزيزاً جليلاً، وكذا السلام هو خاص بالأنبياء فلا يقال أبو بكر عليه السلام.

إليه معنى كافتقار الحروف لغيرها على الضم أي وبعد الحمد والصلاة **(فالقصد)** أي الغرض المقصود **(بهذا)** النظم **(الرجز)** هو أحد بحور الشعر الخمسة عشر المجموعة في قول القائل:

طـويـل مـديـد والـبـسـيـط ووافـر وكـامـلـهـم هـزج ورجـز مـع الـرمـل
سـريـع ومـنـسـرح خـفـيـف مـضـارع ومـقـتـضـب مُـجـتـث مـتـقـارب كـمـل

وسكن عين الهزج والرجز وتاء متقارب ضرورة وهو مسدس الدائرة، ووزنه مستفعلن ست مرات **(تقرير)** تبيين وتوضيح **(الأحكام)** بنقل حركة الهمزة للام بعد حذفها لإقامة الوزن جمع حكم، والمراد به الفقه المقرر في الكتب المعتمدة كالمدونة وغيرها ليفصل به بين الخصوم **(بلفظ موجز)** قليل الحروف كثير المعاني **(آثرت)** قدمت واخترت: ﴿ويؤثرون على أنفسهم﴾ [الحشر:٩] قال البيضاوي: يقدمون المهاجرين عليهم **(فيه)** في هذا الرجز **(الميل)** الجنوح والركون **(للتبيين)** مصدر بين إذا وضح **(وصنته)** حفظته **(جهدي)** بالضم طاقتي ووسعي **(من التضمين)** توقف معنى البيت على الذي بعده وهو من عيوب الشعر. قال الخزرجي:

(**والفئة**) الجماعة (**المتبعة**) له ﷺ فهو بكسر الباء الموحدة فيشمل الصحابة والتابعين لهم بإحسان إلى يوم الدين (**في كل ما**) أي حكم (**قد سنه**) عليه السلام أي: جعله طريقة في الدين (**وشرعه**) عطف تفسير عليه والمجرور يتعلق بقوله المتبعة.

٤ـ وَبَعْدُ، فَالْقَصْدُ بِهَذَا الرَّجَزِ تَقْرِيرُ الأَحْكَامِ بِلَفْظٍ مُوجَزِ

(**وبعد**): ظرف زمان كثيراً ومكان قليلاً تقول في الزمان جاء زيد بعد عمرو وفي المكان دار زيد بعد دار عمرو، وتصح هنا للزمان باعتبار الرقم وهي من الظروف اللازمة للإضافة فإذا قطعت عنها لفظاً ونوي معنى المضاف إليه بنيت كما هنا لشبهها بالحرف في الافتقار لما بعده وبنيت على حركة لتعذر السكون، وكانت ضمة لأنها حركة لا تكون لها في حالة الإعراب لأنها إذ ذاك إما منصوبة على الظرفية أو مجرورة بمن، وهي كلمة تستعمل في الكلام الفصيح لقطع ما قبلها عما بعدها. قال الفراء: معناها دع ما كنا فيه وخذ غيره، ودخلت الفاء بعدها إما على توهم وجود ما قبلها لأن الشيء إذا كثر الإتيان به وترك توهم وجوده وقد كثر في أما مصاحبتها لبعد، فإذا تركت توهم أنها موجودة، وأما على تقديرها في الكلام والواو نيابة عنها. ومعنى أما المتوهمة أو المقدرة مهما يكن من شيء بعد الحمد والصلاة فالقصد الخ. فوقعت أما موقع اسم مبتدأ لأن مهما مبتدأ والاسمية لازمة للمبتدأ، ويكن شرط. والفاء: لازمة له غالباً فحين تضمنت أما معنى الابتداء، والشرط لزمت الفاء ولصوق الاسم إقامة للازم مقام الملزوم وإبقاء لأثره في الجملة قاله السعد. وقال الدماميني: بعد: ظرف مقطوع عن الإضافة مبني على الضم معمول لقول محذوف تقديره: وأقول بعدما تقدم والمقول محذوف أي وأقول بعد ذلك تنبه. (**فالقصد**): أي المقصود فأطلق المصدر وأراد به المفعول (**بهذا**) النظم (**الرجز**) وهو أحد أبحر الشعر الخمسة عشر ووزنه مستفعلن ست مرات (**تقرير**) تبيين (**الأحكام**) خبر عن قوله: فالقصد والمجرور يتعلق به، ويقرأ الأحكام بنقل حركة الهمزة للام للوزن وهو جمع حكم، والمراد به الفقه المتقرر في الكتب المعتمدة كالمدونة وغيرها ليفصل به بين الخصوم (**بلفظ**): يتعلق بتقرير (**موجز**): نعت له أي قليل الحروف كثير المعاني.

٥ـ آثَرْتُ فِيهِ المَيْلَ لِلتَّبْيِينِ وَصُنْتُهُ جُهْدِي مِنَ التَّضْمِينِ

وتضمينها إحواج معنى لذا وذا. وقال ابن الحاجب في لاميته:

تضمينهم أن يكون البيت مفتقرا إلى الذي بعده كأنه وصلا

قيل: وفيه تعريض لنظم الإمام ابن الحاج الذي مر آنفاً فإنه فيه كثير ومنه قوله في رجوع الشاهد عن شهادته:

وإن يك الرجوع بعد الحكم لم يجز ويغرم امتثالاً للحكم
جميع ما أتلف بالشهادة فصل وفي بدء وفي إعادة
يلزم من يقضي بأن يسعف من كلفه الكتب لحكام الزمن
بما به قضا وما قد ثبتا والعمل اليوم وما إن منقتا
على قبول كتب القضاة من غير إشهاد لها ويأتي

(آثرت): فعل ماض بمعنى قدمت واخترت قال تعالى: ﴿ويؤثرون على أنفسهم﴾ [الحشر:٩] أي يقدمون المهاجرين على أنفسهم حتى أن من كان عنده امرأتان نزل عن واحدة وزوجها من أحدهم **(فيه)**: أي في هذا الرجز يتعلق بآثرت **(الميل)**: الجنوح والركون مفعول بآثرت **(للتبيين)**: مصدر بين إذا وضح يتعلق بالميل **(وصنته)**: حفظته **(جهدي)**: بضم الجيم مفعول به على حذف مضاف أي غاية جهدي أي طاقتي ووسعي، والجملة معطوفة على جملة آثرت **(من التضمين)**: يتعلق بقوله صنته والتضمين توقف معنى البيت على البيت الذي بعده لكونه خبراً أو جواب شرط أو استثناء، ونحو ذلك مما لا يتم معنى الأول إلا بالثاني وهو عند العروضيين من عيوب الشعر، وفيه يقول الخزرجي: وتضمينها أحواج معنى لذا وذا. الخ، قيل: وفيه تعريض بابن الحاج معاصر ابن رشد فإن له نظماً في القضاء مشتملاً على ألف بيت سماه الياقوتة ووقع فيه التضمين كثيراً منه قوله في رجوع الشاهد عن شهادته:

وإن يك الرجوع بعد الحكم لم ... يجز ويغرم امتثالاً للحكم
جميع ما أتلف بالشهاده ... فصّل وفي بدءٍ وفي إعادة
يلزم من يقضي بأن يسعف من ... كلفه الكتب لحكام الزمن
بما به قضى وما قد ثبتا ... والعمل اليوم وما إن مقتا
على قبول كتب القضاة ... من غير إشهاد لها ويأتي
منع القبول مع ما عليه ... عملنا وقصدنا إليه

فانظر هذه الأبيات فإن كل واحد منها لا يتم معناه إلا بالذي بعده، وهو كثير في ذلك النظم، ولكن ذلك مغتفر بالنسبة لما أفاده وجمعه كما اعتذر عن ذلك في خطبته حيث قال:

وقد نظمت بعض أحكام القضا ... مبتغياً أجراً ونيلاً للرضا
مستعملاً ما شذ من زحاف ... وبعض ما قد عيب في القوافي
وذاك مغفور لدى من أنصفا ... في جنب ما جئت به معرفا

منع القبول مع ما عليه ... عملنا وصوغنا إليه

على أن ذلك مغتفر ومقبول بالنسبة لما أفاده وجمعه كما قال في خطبته:

وقد نظمت بعد أحكام القضا ... مبتغياً أجراً ونيلاً للرضا
في رجز خولط بالسريع ... على طريق المحدث المتبوع
مستعملاً ما شذ من زحاف ... وبعض ما قد عيب في القوافي
وذاك مغفور لدى من أنصفا ... في جنب ما جئت به معرفا

(وجئت في بعض من المسائل بالخلف رعيا) يعني أنه يقتصر في غالب المسائل على قول واحد لمشهوريته أو تقرر العمل به ولا يذكر مقابله أصلاً وفي بعضها يحكي الخلاف وما في المسألة من قولين أو أقوال أو بعضها لغرض وهو ما بينه بقوله: **(لاشتهار القائل)** بذلك القول الذي يحكيه مع الآخر، وذلك صادق بأن يتساوى القولان عنده مع اتحاد قائلهما أو اختلافه فيذكرهما كذلك من غير ترجيح كقوله في البيوع:

مغلباً تحسيني المعنى على تحسيني اللفظ الذي عنه انجلا الخ
رحمه الله ونفعنا به وبعلومه.

٦ـ وَجِئْتُ فِي بَعْضٍ مِنَ المَسَائِلِ بِالْخُلْفِ رَعْياً لاشْتِهَارِ الْقَائِلِ

(وجئت): أي أتيت **(في بعض من المسائل)** لا في كلها **(بالخلف)** أي الخلاف والمجروران يتعلقان بقوله جئت **(رعياً)** حال أي مراعاة **(لاشتهار القائل)** بذلك القول يتعلق بقوله رعياً، وفهم من قوله في بعض: إن الكثير من المسائل لا يأتي بها بالخلاف، وإنما يقتصر فيه على قول واحد إما لشهرته أو لجريان العمل به، وأنه إنما يأتي بالخلاف في بعضها لغرض وهو كون القائل بذلك مشهوراً بالعلم والتحقيق فلا ينبغي إهمال قوله هذا إذا كان مساوياً للآخر في المشهورية، بل وإن كان مخالفاً للمشهور أو المعمول به فالأول مع اتحاد القائل كقوله:

ومن لطالب بحق شهدا ولم يحقق عند ذاك العددا

فما لك عنه به قولان الخ. وكقوله في الجوائح:

والقصب الحلو به قولان كورق التوت هما سيان

ومع اختلافه كقوله في البيوع:

والخلف في الخفي منه والحلف

والثاني كقوله في اليمين:

وفي سوى المشهور يحلف الأب عن ابنه وحلف الابن مذهب

وكقوله:

والبيع مع براءة إن نصت على الأصح بالرقيق اختصت

والقصب الحلوبة قولان كورق التوت هما سيان

وقوله:

والخلف في الخفي منه والحلف

أو مع التنبيه على رجحان أحدهما كقوله:

والبيع مع براءة إن نصت على الأصح بالرقيق اختصت

ويعضهم فيها الجواز أطلقا

أو العمل به كقوله:

وإن يفت فالقول للذي اشترى وذا الذي به القضاء قد جرى

أو يكتفي بمجرد التصدير بقول ثم يحكي غيره كما في غير موضع هذا معنى كلامه وإن كان يأتي بالخلاف لاشتهار القول أو لكون العمل به، وإن لم يكن قائله مشهوراً، بل بيان المعمول به وما يتعين المصير إليه في الحكم هو المقصود في هذا النظم ولا يعني بذلك مراعاة الخلاف الذي هو إعمال دليل الخصم في لازم مدلوله الذي أعمل في نقيضه دليل آخر لأن هذا من دأب المجتهدين

ويعضهم فيه الجواز أطلقا الخ. .

والثالث كقوله في الضمان:

وقيل إن لم يلق من يضمنه للخصم لازمه ولا يسجنه

وأشهب بضامن الوجه قضى عليه حتماً وبقوله القضا

وتارة يكتفي بمجرد التصدير بقول ثم يحكي غيره بقيل كقوله:

والمدعي من قوله مجرد من أصل أو عرف بصدق يشهد

إلى أن قال: وقيل من يقول قد كان ادعا. الخ. . . وهكذا: وهذا معنى كلامه رحمه الله ولا يعني بذلك مراعاة الخلاف الذي هو عبارة كما لابن عرفة عن إعمال دليل الخصم في لازم مدلوله الذي أعمل في نقيضه دليل آخر، فالضمير في مدلوله يعود على الدليل، والضمير في نقيضه يعود على المدلول الذي هو أقرب مذكور مثاله إعمال مالك رحمه الله دليل خصمه القائل بعدم فسخ صريح الشغار في لازم مدلوله ومدلوله عدم فسخه ولازمه ثبوت الإرث بين الزوجين، وهذا المدلول وهو عدم الفسخ أعمل في نقيضه وهو الفسخ دليل آخر وهو دليل فسخه اهـ.

وحاصله؛ أن الدليل هو الحديث أو القياس والمدلول هو الفسخ أو عدمه، فمالك استدل لفسخه بنص حديث أو قياس، وأبو حنيفة استدل بعدم فسخه بنص حديث أو قياس، فأعمل مالك رحمه الله دليله في الفسخ في الحياة، وأعمل دليل خصمه في لازم مدلوله فقال بتوارثهما، ويكون الفسخ طلاقاً مع أن قياس دليله هو عدم توارثهما وعدم كون الفسخ بطلاق، إذ عدم صحة النكاح تستلزم عدم الإرث، وعدم الطلاق، وهذا كما يقال في البيع وغيره يفسخ العقد قبل الفوات ويمضي بعده، ومثاله أيضاً: إن الإمام يقول بفساد إنكاح المرأة نفسها مستدلاً بقوله

الناظرين في الأدلة فحيث يترجح عندهم دليل الغير أعملوه وحيث لا أهملوه، والناظم إنما هو ناظم لكلام الفقهاء المتقدمين وليس من المجتهدين، وقد أطال الشارح هنا الكلام على مسألة مراعاة الخلاف وما فيها من الأبحاث وهي من حسان المسائل كما قال: إلا أنه لا يصح أن يشرح بها كلام المصنف، ولا أن تكون مراده كما اقتضاه آخر كلامه **(فضمنه)** أي مضمون هذا الرجز **(المفيد)** أي مفيد الحكام لابن هشام **(والمقرب)** لابن أبي زمنين **(والمقصد المحمود)** لابن القاسم الجزيري **(والمنتخب)** لابن أبي زمنين أيضاً ولا يعني الناظم أن جميع ما في هذه الكتب تضمنه هذا النظم بل ولأجله، وإنما يعني أن فيه فوائد ونفائس منها وكأنه خصها بالذكر لتتم له التورية مع اقتضاء كلامه أن كتابه مفيد مقرب محمود منتخب؛ وكثيراً ما يحاذي عبارة ابن سلمون فلو قيل إنه مضمنه ما بعد. **(نظمته)** جمعته من نظمت العقد إذا جمعت جواهره **(تذكرة)** أي لأجل أن يتذكر به العالم مثله ما ذهل عنه يريد وتبصرة لمن لم يكن علم بما فيه فيكون كقول ابن بري:

يكون للمبتدئين تبصره وللشيوخ المقرئين تذكره

وقول العراقي:

نظمته تبصرة للمبتدي تذكرة للمنتهي والمسند

تعالى: ﴿ولا تعضلوهن﴾ [النساء:١٩] والخطاب للأولياء فدل ذلك على أن المرأة لا تنكح نفسها وبقوله عليه الصلاة والسلام: «أيما امرأة نكحت بغير إذن مواليها ـ أي أوليائها ـ فنكاحها باطل» ثلاثاً فإن دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها الخ. وقال أبو حنيفة: يجوز إنكاحها نفسها قياساً على البيع، فأعمل مالك دليله في الحياة ودليل خصمه في لازم مدلوله بعد الممات، فأوجب توارثهما، وكون الفسخ بطلاق ولأن النبي عليه السلام قال: «فالمهر لها بما أصاب منها» بعد أن حكم على نكاحها بالبطلان، فدل ذلك على أن العقد الباطل يحكم له بحكم الصحيح بعد الفوات، وإلا فمقتضى القياس أن الفسخ بغير طلاق وأنه لا مهر لها لأنها زانية وهي لا مهر لها، وذلك كله راجع إلى تقديم الاستحسان على القياس. انظر ابن عرفة في فصل الصداق. والمعيار أواخر المعاوضات، فقد نقل عن القباب وغيره ما يشفي الغليل قال: والاستحسان معنى ينقدح في نفس المجتهد تعسر العبارة عنه اهـ. وانظر ما بنى عليه مالك مذهبه في باب القسمة من هذا الشرح عند قوله: في غير ما من الطعام الممتنع. فيه تفاضل الخ. فإن من جملة ما بنى عليه مذهبه مراعاة الخلاف فتارة يراعيه وتارة لا يراعيه.

تنبيه: إنما قلنا لا يُداعي الناظم مسألة مراعاة الخلاف الذي هو إعمال دليل الخصم الخ لأن ذلك من دأب المجتهدين الناظرين في الأدلة، فحيث ترجح عندهم دليل الخصم في لازم مدلوله أعملوه وحيث لم يترجح أهملوه، والناظم إنما هو ناظم لكلام الفقهاء المتقدمين فهو وإن ذكر حكماً وجهه عند من قال به مراعاة للخلاف لكن لا يذكر فيه خلافاً، بل يجزم بالحكم الذي جزم به المجتهد من غير ذكر خلاف أصلاً كقوله:

فــفــســخ فــاســد بــلا وفــاق ... بــطــلــقــة تــعــد فــي الــطــلاق
وإن يــمــت قــبــل وقــوع الــفــســخ ... فــي ذا فــمــا لإرثــه مــن نــســخ... الــخ

٧ـ فَـضِـمْـنُـهُ الْـمُـفِـيـدُ وَالْـمُـقَـرِّبُ ... وَالْـمَـقْـصَـدُ الْـمَـحْـمُـودُ وَالْـمُـنْـتَـخَـبُ

(فضمنه): بكسر الضاد بمعنى المضمون كالذبح بمعنى المذبوح وهو مبتدأ خبره **(المفيد)** أي مفيد الحكام لابن هشام **(والمقرب)** لابن أبي زمنين بفتح الزاي والميم وكسر النون **(والمقصد المحمود)** لابن القاسم الجزيري **(والمنتخب)** لابن أبي زمنين أيضاً ومعناه أن هذا النظم تضمن أي اشتمل على فوائد ونفائس من هذه الكتب، ولا يعني أن نظمه هذا اشتمل على جميع ما فيها بل ولا على جله، ولعله إنما خص هذه الكتب بالذكر لتتم له التورية بأن كتابه هذا مفيد مقرب

(وحين تم) كمل **(بما)** أي بأحكام ما **(به البلوى)** أي المحنة. ومنه قوله ﷺ في عثمان: «ائذن له وبصره بالجنة على بلوى تصيبه». والمراد محنة القضاء لمن ابتلي به **(تعم)** خبر البلوى **(قد ألم)** أي أشعر وأفاد، والجملة حال من فاعل تم وبما متعلق بألم. والمعنى: وحين تم النظم وكمل في حال كونه مشعراً بأحكام القضاء الذي تعم به البلوى **(سميته بتحفة الحكام)** والتحفة ما يتحف به الرجل من البر واللطف **(في نكت)** بالمثناة التنبيه على ما ينبو عنه النظر، ولا يدرك بسرعة **(العقود)** الوثائق المكتوب فيها ما انبرم بين المتعاقدين في بيع أو شراء أو غيره **(والأحكام)** جمع حكم وهو ما يلزم به القاضي الخصمين أو أحدهما موافقاً للشرع. قال الشارح: فإن قيل: هذه التسمية تشعر بأن

محمود منتخب، وإلاَّ فكثيراً ما يحاذي عبارة ابن سلمون فلو قيل إنه تضمنه ما بعد.

٨ـ نَظَمْتُهُ تَذْكِرَةً وَحَيْثُ تَمّْ ... بِمَا بِهِ الْبَلْوَى تَعُمّ قَدْ أَلَمّْ

(**نظمته**) أي: جمعته من قولهم: نظمت العقد إذا جمعت جواهره على وجه يستحسن. (**تذكرة**): مفعول لأجله فهو بيان للسبب الحامل له على نظمه أي نظمته لأجل أن يتذكر به العالم مثله ما ذهل عنه ونسيه. يريد: وتبصرة لمن لم يتقدم له علم بما فيه من الصغار والكبار فهو كقول ابن بري:

يكون للمبتدئين تبصره ... وللشيوخ المقرئين تذكره

وكقول العراقي في ألفيته الحديثية:

نظمتها تبصرة للمبتدي ... تذكرة للمنتهي والمسند

(**وحيث**): ظرف زمان يتعلق بقوله سميته والواو داخلة على قوله سميته. وقوله: (**تم**) بفتح التاء المثناة فوق أي كمل، وفاعله ضمير يعود على النظم، والجملة في محل جر بإضافة حين إليها، وقوله: (**بما**) يتعلق بقوله ألم وما واقعة على الأحكام. (**به**) يتعلق بقوله تعم، وقوله: (**البلوى**): مبتدأ ومعناه المحنة ومنه قوله عليه الصلاة والسلام: «ائذن له وبشره بالجنة على بلوى تصيبه» والمراد محنة القضاء لمن ابتلي به. (**تعم**): خبر المبتدأ والجملة صلة ما والرابط الضمير المجرور بالياء (**قد ألم**) بفتح الهمزة بمعنى أشعر وهو فعل ماض وفاعله ضمير يعود على النظم والجملة حال من فاعل تم.

٩ـ سَمَّيْتُهُ: بِتُحْفَةِ الْحُكَّامِ ... فِي نُكَتِ الْعُقُودِ وَالأَحْكَامِ

(**سميته**) فعل وفاعل ومفعول (**بتحفة**) يتعلق به (**الحكام**) مضاف إليه، والجملة معطوفة على جملة نظمته والتقدير نظمته تذكرة وسميته حين كمل حاله كونه ملماً أي مشعراً بما البلوى تعم به القضاة بتحفة الحكام. والتحفة: ما يتحف به الرجل من الإحسان واللطف، ويحتمل أن يكون الظرف ضمن معنى الشرط، وقوله: سميته هو جوابه، والتقدير: ولما تم هذا النظم وكمل

له في الوثائق كلاماً وهو إنما تكلم على الأحكام. فالجواب: إنه تكلم على العلم الذي تنبني عليه الوثائق، وحاصل مبناها على الاحتياط والخروج من الخلاف كإذن المضمون ورضاه وسيقول. ولا اعتبار برضا من ضمنا وإنزال البائع المشتري فيما اشتراه من الأصول للخروج من خلاف أشهب، وقوله: إن الضمان لا يكون فيها إلا على القبض اهـ. على أن الناظم قد ذكر جملة من ذلك كقوله في باب الهبة:

وحيث جاز الاعتصار يذكر

وقوله:

وضمن الوفاق في الحضور ... إن كان الاعتصار من كبير

وكلامه أيضاً مشعر بتأخير الخطبة عن نظم الكتاب، والفراغ منه (**وذاك**) المذكور من النظم والتسمية كان (**لما**) أي حين (**أن**) زائدة (**بليت**) امتحنت (**بـ**) ـخطة (**القضا**)ء سيأتي (**بعد شباب**) الحداثة أو عبارة عن كمال القوى واستجماع الخلقة. وقال السعد: هو عبارة عن كون الحيوان في

حال كونه مشعراً بما البلوى تعم به سميته الخ. وهذا الوجه أظهر معنى، وعلى كلا الإعرابين فكلامه صريح في أن التسمية والخطبة تأخرتا عن نظم الكتاب والفراغ منه. **(في نكت)** بالمثناة فوق يتعلق بتحفة وهو جمع نكتة بالتاء المثناة أيضاً وهي التنبيه على ما ينبو عنه النظر ولا يدرك بسرعة **(العقود)** مضاف إليه جمع عقد، والمراد بها الصكوك والوثائق المكتوب فيها ما انبرم بين المتعاقدين من بيع أو نكاح أو غيرهما. **(والأحكام)**: معطوف على العقود جمع حكم وهو الإخبار بحكم شرعي على وجه الإلزام على ما يأتي أول باب القضاء، وهذه التسمية مشعرة بأن للناظم كلاماً على الوثائق وهو كذلك لأن الفقه المذكور في النظم هو الذي بنيت عليه العقود، وبه رسمت الوثائق فمعرفته طريق لمعرفة ما يصح من الوثائق وما يبطل منها، ألا ترى أنه ذكر الرهن مثلاً وأركانه وشروطه، وأنه إذا لم يوجد الركن أو الشرط في وثيقته بطلت ولم ينتفع صاحبها بها فقال:

الرهن توثيق بحق المرتهن وإن حوى قابل غيبة ضمن

إلى أن قال:

والحوز من تمامه وإن حصل ولو معاراً عند راهن بطل

إلى أن قال أيضاً:

والشرط أن يكون ما يرتهن مما به استيفاء حق يمكن

إلى أن قال:

وجاز في الرهن اشتراط المنفعه إلا في الأشجار فكل منعه

وهكذا فعل في غيره من الأبواب فقال في الضمان أيضاً:

وإن ضمان الوجه جاء مجملا

أي في الوثيقة:

زمان تكون حرارته الغريزية مشبوبة أي قوية مشتعلة اهـ. **(مر عني وانقضى)** وكانت ولايته للقضاء بمدينة وادي آش في صفر عام عشرين وثمانمائة، ثم ولي القضاء بحضرة غرناطة عام أربعة وعشرين قاله ولده اهـ.

قلت: ولا شك في ذهاب الشبيبة منه حينئذ وتوليها عنه لبلوغه الستين على ما مر في تاريخ ولادته كان الله تعالى لنا وله في جميع الأحوال. **(وإنني أسأل)** أطلب **(من رب)** هو في الأصل المالك والمصلح من التربية وهي نقل الشيء من حال إلى آخر حتى يبلغ ما أراده المربي، والمراد هنا الله تعالى **(قضى)** قدر وحكم **(به)** أي بالقضاء **(على الرفق)** أي اللطف **(منه في القضا)** أي القدر **(والحمل)** أي إطاقة الحمل لأعباء ما كلفته من خطة القضاء كقول حسان:

خير البرية أتقاها وأعدلها بعد النبي وأوفاها بما حملا

(والتوفيق) خلق القدرة على الطاعة وهو والحمل معطوفان على الرفق **(أن أكون من أمة)** جماعة يهدون **(بالحق)** وبه **(يعدلون حتى أرى)** غاية لما قبله أي أسأله تعالى أن يلطف بي ويوفقني حتى أكون

فالحكم أن المال قد تحملا

وأشار إلى شرطه بقوله:

وهو من المعروف فالمنع اقتضى من أخذه أجراً به أو عوضا

يعني: أنه إذا وجد في الوثيقة أنه أخذ به أجراً أو عوضاً فهو باطل، وهكذا فعل الناظم وغيره في سائر أبواب الفقه فالفقه الذي ذكروه عليه تنبني وثائق تلك الأبواب وليس للتوثيق أركان وشروط خارجة عن الفقه الذي ذكروه كما ظنه كثير من جهلة الطلبة، وهذا هو السبب في تعرضنا لغالب وثائق أبواب هذا النظم ليعلم الواقف عليها أن مدار الوثائق كلها على الفقه، ويعلم أن بعض ألفاظها إنما يذكر لزيادة البيان كما ستراه إن شاء الله، أو للاحتياط والخروج من الخلاف كقوله في الهبة:

وحيث جاز الاعتصار يذكر وضمن الوفاق في الحضور

إن كان الاعتصار من كبير

وكقوله في الضمان:

ولا اعتبار برضا من ضمنا. الخ

فرضاه لا يشترط في صحة الضمان، ولكن لذكره فائدة كما يأتي إن شاء الله، وكذا إنزال البائع المشتري فيما اشتراه من الأصول أي إقباضه إياه كما يأتي في وثيقة البيع صدر البيوع وعند قوله في الاستحقاق: وناب عن حيازة الشهود. الخ.

١٠ـ وَذَاكَ لَمَّا أن بُلِيتُ بِالقَضَا بَعْدَ شَبَابٍ مَرَّ عَنِّي وانْقَضَى

(وذاك) النظم والتسمية كانا **(لما)** حين خبر كان المحذوفة كما قررنا وكان مع خبرها خبر اسم الإشارة **(أن)** زائدة للتوكيد وزيادتها بعد لما مطردة كقوله تعالى: ﴿ولما أن جاء البشير﴾ [يوسف:٩٦] وقوله: ﴿ولما أن جاءت رسلنا﴾ [العنكبوت:٣٣] ويجوز أن تكون مصدرية تسبك هي وما بعدها بمصدر على مذهب الفارسي الآتي. **(بليت)** بضم الباء وكسر اللام مبني للمفعول والجملة في محل جر بإضافة لما الحينية إليها **(بالقضا)**ء يتعلق به على حذف مضاف أي بخطة القضاء. والقضاء: الحكم أي الإخبار بحكم شرعي على وجه الإلزام كما مر. **(بعد)** ظرف يتعلق ببليت أيضاً **(شباب)** مضاف إليه، والشباب عبارة عن كمال القوة بعد البلوغ إلى الأربعين

(من مفرد الثلاثة) يشير لما رواه النسائي من حديث أبي هريرة. قال رسول الله ﷺ: «القضاة ثلاثة اثنان في النار وواحد في الجنة، رجل عرف الحق فقضى به فهو في الجنة، ورجل عرف الحق ولم يقض به وجار فهو في النار، ورجل لم يعرف الحق فقضى للناس على جهل فهو في النار». **(وجنة الفردوس لي وراثة)** جملة حالية من مرفوع أرى وفيه تلميح للآية والحديث قال تعالى: ﴿أولئك هم الوارثون الذين يرثون الفردوس هم فيها خالدون﴾ [المؤمنون:١١] قال ابن عطية: والفردوس مدينة الجنة وهي جنة الأعناب، واللفظة فيما قال مجاهد رومية وعربت، والعرب تقول للكروم فراديس، وقال ﷺ لأم حارثة: «إنها الجنان وإن ابنك قد أصاب الفردوس الأعلى» اهـ. ولفظ البخاري في فضل من شهد بدراً عن أنس أصيب حارثة يوم بدر وهو غلام فجاءت أمه إلى النبي ﷺ فقالت:

وما بعد ذلك كهولة (**مر**): فعل ماض وفاعله ضمير الشباب، والجملة نعت لشباب (**عني**) يتعلق به (**وانقضى**) معطوف على مر، والتقدير وذاك النظم والتسمية كانا حين بليت بخطة القضاء بعد مرور شبابي وانقضائه، وهذا على مذهب الفارسي وابن جني ومن تبعهما من أن لما في مثل هذا التركيب بمعنى حين، وأما على مذهب سيبويه فهي حرف وجود لوجود، فإذا قلت: لما جاء زيد جاء عمرو فلما عند سيبويه حرف وجود لوجود أي فوجود مجيء زيد لوجود مجيء عمرو أكان مجيئهما في زمن واحد أم لا. وعند الفارسي حين جاء زيد جاء عمرو فيقتضي مجيء كل منهما في زمن واحد وهو غير لازم عند سيبويه والجمهور، وعليه فاسم الإشارة في النظم فاعل كان محذوفة وهو المفسر لجواب لما وهي حرف وجود لوجود والتقدير، ولما بليت بالقضاء بعد مرور شبابي وانقضائه كان ذلك النظم والتسمية، وكانت ولايته بخطة القضاء بمدينة وادآش في صفر عام عشرين وثمانمائة، ثم نقل عنها إلى قضاء الجماعة بحضرة غرناطة في العاشر لذي القعدة من أربعة وعشرين قاله ولده، ولا شك في ذهاب الشباب عنه لبلوغه الستين على ما مر في تاريخ ولادته رحم الله الجميع بفضله وكرمه.

١١ـ وَإِنَّنِي أَسْأَلُ مِنْ رَبٍّ قَضَى ... بِهِ عَلَيَّ الرِّفْقَ مِنْهُ فِي الْقَضَا

(**وإنني أسأل**) أي أطلب بذلة وخضوع لأن السؤال من الأدنى إلى الأعلى دعاء وعكسه أمر ومن المساوى التماس، وقال بعض السؤال والدعاء مترادفان ولا فرق بينهما وبين الأمر والالتماس من جهة الصيغة التي تدل على طلب الفعل، وإنما يحصل الفرق بالمقارنة فإن قارنه الاستعلاء فهو أمر، وإن قارنه التساوي فهو التماس، وإن قارنه الخضوع فهو سؤال (**من رب**) يتعلق بأسأل من التربية وهي نقل الشيء من أمر إلى أمر حتى يصل إلى غاية أرادها المربي، ثم نقل إلى المالك والمصلح للزوم التربية لهما غالباً قاله السنوسي (**قضى**) أي قدر وحكم في أزله (**به**) أي بالقضاء أي بخطته (**على**) يتعلق هو وما قبله بقضى والجملة صفة لرب (**الرفق**) مفعول بأسأل (**منه في القضا**) يتعلقان بالرفق، ومعناه اللطف ولطف الله بعبده إيصال مراده إليه بلطف، وفسر الجوهري والقاموس اللطف بالتوفيق. والتوفيق: خلق القدرة على الطاعة. وقال المتكلمون: اللطف ما يقع به صلاح المكلف عنده بالطاعة والإيمان دون فساده بالكفر والعصيان وعلى هذا فالرفق واللطف والتوفيق ألفاظ مترادفة. فالناظم رحمه الله طلب من ربه تعالى الذي قدر وحكم عليه بهذه الخطة في أزله أن يرفق به فيها رفقاً لائقاً به جل جلاله من توفيقه للعمل بالطاعة، وخلق القدرة عليها وعدم الوقوع في المعصية وخلق القدرة على تركها وإتحافه بالنعم واللطف به في أحواله كلها. وهذا التعميم مستفاد من أل الاستغراقية.

١٢ـ وَالْحَمْلَ وَالتَّوْفِيقَ أَنْ أَكُونَ ... مِنْ أُمَّةٍ بِالْحَقِّ يَعْدِلُونَ

يا رسول الله قد عرفت منزلة حارثة مني فإن يك في الجنة أصبر وأحتسب، وإن تك الأخرى تر ما أصنع، فقال: «ويحك أو هبلت أو جنة واحدة هي أنها جنان كثيرة وأنه في جنة الفردوس».
ويروى: «الجنة مائة درجة، أعلاها وأوسطها الفردوس منها تفجر الأنهار وعليها العرش، فإذا سألتم الله فاسألوه الفردوس» لا أحرمنا الله منها آمين.

(**والحمل**) أي وأسأله قوة الحمل لأثقال ما كلفته من هذه الخطة (**والتوفيق**) تقدم أنه بمعنى الرفق واللطف وهو وما قبله معطوفان على الرفق (**أن**) بفتح الهمزة على حذف الجاري أي إلى أن (**أكون من أمة**) أي جماعة من صفتهم قال فيهم جل جلاله: ﴿وممن خلقنا أمة يهدون (**بالحق**) وبه (**يعدلون**)﴾ [الأعراف: ١٨١].

١٣ـ حَتَّى أُرَى مِنْ مُفْرَدِ الثَّلاثَهْ وَجَنَّةُ الفِرْدَوْسِ لِي وِرَاثَهْ

(**حتى**) بمعنى إلى وهي معطوفة بحذف العاطف على أن و(**أُرى**) بضم الهمزة مبنياً للمفعول منصوباً بأن مضمرة بعدها والتقدير أسأله الرفق والحمل والتوفيق إلى أن أكون وإلى أن أرى (**من مفرد الثلاثة**) الذين قال فيهم عليه الصلاة والسلام حسبما رواه النسائي عن أبي هريرة رضي الله عنه: «القضاة ثلاثة اثنان في النار وواحد في الجنة. رجل عرف الحق فقضى به فهو في الجنة، ورجل عرف الحق ولم يقض به فهو في النار، ورجل لم يعرف الحق فقضى للناس على جهل فهو في النار» (**وجنة**) بفتح الجيم مبتدأ (**الفردوس**) مضاف إليه (**لي**) يتعلق بالخبر الذي هو (**وراثة**) والجملة حال من نائب أري والجنة الحديقة ذات النخل والشجر قاله في القاموس، والفردوس عند العرب البستان الذي فيه الكرم قاله الفراء. وقال ابن عطية: الفردوس مدينة الجنة وهي جنة الأعناب، واللفظة فيما قال مجاهد رومية عربت، والعرب تقول للكروم فراديس اهـ. ومعنى كونها وراثة له أن يكون من أهلها كما قال تعالى: ﴿الذين يرثون الفردوس هم فيها خالدون﴾ [المؤمنون: ١١] ويروى: أن الجنة مائة درجة أعلاها وأوسطها الفردوس منها تفجر الأنهار وعليها العرش فإذا سألتم الله فاسألوه الفردوس لا أحرمنا الله وجميع المسلمين منها آمين.

باب القضاء وما يتعلق به

من أركانه وشروطه وجائزاته ومستحباته وغير ذلك. وهو لغة كما قال أبو منصور الأزهري على وجوه مرجعها إلى انقضاء الشيء وتمامه اهـ. القسطلاني فيرد بمعنى الأمر منه. وقضى ربك والعلم منه قضيت لك بكذا أعلمتك، به والإتمام منه ﴿فإذا قضيتم الصلاة﴾ [النساء:١٠٣]، والفعل منه فاقض ما أنت قاض، والإرادة منه فإذا قضى أمراً، والموت منه ليقض علينا ربك، والكتابة منه وكان أمراً مقضياً، والفصل منه، وقضى بينهم بالحق، والخلق منه، فقضاهن سبع سموات اهـ وقال الجوهري: القضاء الحكم وفي التبصرة معنى قولهم قضى القاضي أي ألزم الحق أهله قال تعالى: ﴿فلما قضينا عليه الموت﴾ [سبأ:١٤] أي ألزمناه إياه. وأصل مشروعيته من الكتاب قوله تعالى: ﴿يا داود إنا جعلناك خليفة﴾ [ص:٢٦] الآية. وقوله تعالى: ﴿إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس﴾ [النساء:١٠] ﴿وأن أحكم بينهم بما أنزل الله﴾ [المائدة:٤٩] ومن السنة ما خرجه الترمذي وأبو داود عن علي رضي الله عنه قال: بعثني رسول الله ﷺ قاضياً إلى اليمن. وفي الموطأ أنه عليه السلام قال: «إنما أنا بشر مثلكم وإنكم تختصمون إلي ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع» الحديث. ثم إنه من العقود الجائزة فلكل منهما الفسخ شرع أم لا كما يفهم من عجز البيت الآتي. فمن شبهه بالجعل والقراض مراده في مطلق الجواز لأنهما يلزمان بالشروع بخلافه هو،

باب القضاء وما يتعلق به

قال ابن فرحون في تبصرته: اعلم أن أكثر المؤلفين بالغوا في التحذير من ولاية القضاء حتى تقرر في ذهن كثير من الفقهاء والصلحاء أن من ولي القضاء فقد سهل عليه أمر دينه وألقى بيده إلى التهلكة، وهذا غلط فاحش بحيث تجب التوبة منه، والواجب تعظيم هذا المنصب الشريف ومعرفة مكانته من الدين فبه بعثت الرسل وبالقيام به قامت السموات والأرض وجعله ﷺ من النعم التي يباح التحاسد عليها فقال: «لا حسد إلا في اثنتين: رجل آتاه الله مالاً فسلطه على هلكته في الحق، ورجل آتاه الله الحكمة فهو يقضي بها ويعلمها الناس» وقال: «سبعة يظلهم الله بعرشه يوم لا ظل إلا ظله إمام عادل». وما جاء من الوعيد في ذلك، إنما هو في حق قضاة الجور من العلماء، وفي حق الجهال الذين يدخلون أنفسهم في هذا المنصب بغير علم اهـ (ح). وقوله: إن المبالغة في التحذير من القضاء غلط فاحش ليس كما قال، وإنما هو من باب النصيحة والاحتياط في الدين، فإن النفوس مجبولة على حب الدنيا والإمارة والميل للأقارب وذوي الجاه، ومن يعاملها بالجميل وذلك من أسباب الوقوع في الخطأ.

دعا بعض خلفاء بني العباس ابن أبي ذئب ومالك بن أنس وأبا حنيفة إلى القضاء وبدأ بمالك فاعتذر بأن قال: إني رجل محدود. وقال ابن أبي ذئب: إني حقير في نفسك لا ينبغي أن أشركك في

وهو من فروض الكفاية حيث تعدد من فيه أهليته وإلاّ تعين حينئذ ولزم المتعين أو الخائف فتنة إن لم يتول أو ضياع الحق القبول والطلب، وأجبر عليه وأن يضرب وإلا فله الهرب الخ، وإنما كان فرضاً لأن الإنسان لا يستقل بأمر دنياه فيكون طحاناً خبازاً جزاراً حراثاً مثلاً، وبالضرورة يحصل التشاجر والخصام فاحتيج إلى من يقطع ذلك ولكون القطع المذكور يحصل بواحد أو جماعة كان كفاية ولعظم خطره جاز له الهرب مع عدم الخوف وضياع الحق أي ولا يتعين عليه بتعيين الإمام بخلاف غيره من فروض الكفاية (خ) في الجهاد: وتعين بتعيين الإمام.

وعرفاً قال ابن عرفة: صفة حكمية توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشرعي ولو بتعديل أو تجريح لا في عموم مصالح المسلمين فتخرج ولاية الشرطة والتحكيم وأخواتها والولاية العظمى اهـ. فقوله: ولو بتعديل الخ مبالغة في مقدر أي نفوذ حكمه في كل شيء ولو بتعديل الخ. وبذلك المقدر تدخل التأجيلات ونحوها لأنها أحكام ينبني عليها من بعده وتخرج ولاية الشرطة وأخواتها لأنها خاصة ببعض الأشياء كالحسبة بأحكام السوق، وكذا يخرج بقوله ثبت عندي كذا لأنه ليس بحكم كما يأتي في البيت بعده.

حكمك. وقال أبو حنيفة: إني مولى ولا يصلح أن يلي القضاء مولى فقبل عذرهم بما علم الله منهم من صدق النية. ودعي أبو قلابة إلى قضاء البصرة ففر إلى الشام فقيل له: لو وليت فعدلت وأنت من تعلم. فقال: كم عسى أن يسبح من وقع في البحر. ولما ولي شريك القضاء قيل: أي رجل أفسدوا؟ ولما ولي سحنون قال بعض أهل الأندلس: وددنا والله أن لو رأيناك على أعواد نعشك ولا نراك في هذا المجلس. وكتب سلمان إلى أبي الدرداء بلغني أنك جعلت طبيباً تداوي فإن كنت تبرىء فنعما وإن كنت متطبباً فاحذر أن تقتل إنساناً فتدخل النار، فكان أبو الدرداء إذا قضى بين اثنين ثم أدبرا نظر إليهما ثم قال: ارجعا إلي أعيدا علي قضيتكما متطبب والله صح من المفيد وأنشدوا:

إن السلامة من سلمى وجارتها ... أن لا تحل على حال بواديها

والقضاء لغة قال الجوهري: الحكم وقال الأزهري: يطلق على وجوه مرجعها انقضاء الشيء وتمامه. وقال غيرهما: الإلزام ـ قضينا عليه الموت ـ ألزمناه إياه ـ وشرعاً قال ابن راشد: الإخبار بحكم شرعي على وجه الإلزام، وقال ابن طلحة: معناه الدخول بين الخلق والخالق ليؤدي فيهم أمره بواسطة الكتاب والسنة. وقال القرافي: حقيقة الحكم إنشاء إلزام أو إطلاق، فالإلزام كحكمه بالنفقة والشفعة ونحوهما والإطلاق كحكمه بزوال الملك عن أرض زال الأحياء عنها أو زوال ملك العائد عن صيد ند أو أحرم ربه بحج أو عمرة حازه ثان أم لا فيهما. وقال ابن عرفة: صفة حكيمة توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشرعي ولو بتعديل أو تجريح لا في عموم مصالح المسلمين فيخرج التحكيم وولاية الشرطة وأخواتها والولاية العظمى. وقول بعضهم: هو الفصل بين الخصمين واضح قصوره اهـ. قوله: نفوذ هو بالذال المعجمة أي مضيه ولزومه لا حصول التعيين في نفس الأمر لتعذره في الحكم على الجبابرة فهو مساوٍ لكلام القرافي ولا يحتاج لتقدير أي لزوم نفوذ خلافاً للشيخ (ح) وإنما يحتاج لذلك إذا جعل نفوذ بمعنى تنفيذ وإضافة حكم إلى الضمير وهو معرفة تفيد العموم أي نفوذ جميع أحكامه وبه تخرج ولاية الشرطة وأخواتها فإنها خاصة ببعض الأحكام كالحسبة بأحكام

قلت: والظاهر أن مفعول قوله توجب محذوف وأن نفوذ على حذف مضاف ومتعلق أي توجب لموصوفها كونه بصدد نفوذ حكمه، فالصفة إن كانت توجب كونه بصدد نفوذ حكمه في كل شيء فمن قامت به قاض وإن كانت توجب كونه بصدد حكمه فيما حكم فيه فقط فمحكم، فالقاضي من ثبتت له تلك الصفة فصل أو لم يفصل، وبه يسقط قول (خ) لم يظهر لي وجه خروجه قال: لأن المحكم ينفذ حكمه بكل شيء حكم به صواباً مثل القاضي، وإنما يفترقان في الجواز ابتداء.

وقول (ت) إن التحكيم خارج بعموم الإضافة في حكمه أي جميع أحكامه يرد بأن هذا العموم هو المقدر قبل المبالغة وهو شامل للمحكم المذكور لأنه أيضاً تنفذ جميع أحكامه التي حكمها صواباً (خ) ومضى أن حكم صواباً تأمل. وقوله: حكمية أي اعتبارية. وقوله: نفوذ بالذال المعجمة بمعنى المضي واللزوم لا بمعنى التنفيذ بالفعل لتعذره في الجبابرة. وقوله: حكمه أي إلزامه أي توجب لموصوفها لزوم إلزامه، فاللزوم فرع الإلزام والتنفيذ بالفعل أمر زائد على ذلك وخرج بالشرعي غيره فلا يمضي. وقوله: ولو بتعديل أو تجريح الخ، قال (ت) لم يظهر لي وجه المبالغة عليهما بخصوصهما، فإن قيل: لكونه يستند لعلمه فيهما قيل مثلهما تأديب من أساء عليه وضرب خصم لد الخ.

السوق قوله: ولو بتعديل أو تجريح هو مبالغة في مقدر أي نفوذ حكمه في كل شيء حكم به ولو بتعديل أو تجريح ولم يظهر وجه للمبالغة عليهما بخصوصهما.

فإن قيل: لكونه يستند لعلمه فيهما؟ قلنا مثلهما تأديب من أساء عليه وضرب خصم ولو بالغ على إقامة الحدود فإن فيها خلافاً، والمشهور أن له إقامتها كما هو ظاهر خلافاً للقرافي ولا تخرج التأجيلات لأنها أحكام ينبني عليها ما يأتي بعده، وأما الثبوت وهو قول القاضي: ثبت عندي كذا وإنما يكون ذلك بعد كمال البينة والإعذار فيها، فاختلف فيه على قولين، أحدهما: أنه حكم ولا يخفى دخوله في الحد حينئذ، والثاني: أنه ليس بحكم وهو الصحيح وألف فيه القرافي وغيره وعليه فهو خارج بقوله نفوذ حكمه الشرعي هذا هو التحرير.

واعلم أن القضاء فرض كفاية لأن الإنسان لا يستقل بأمور دنياه إذ لا يمكن أن يكون حراثاً طباخاً بزازاً خرازاً إلى غير ذلك مما يفتقر إليه فاحتاج إلى غيره، وبالضرورة يحصل الخصام والتشاجر والتواثب فاحتيج إلى من يُفصل بين الناس ويمنع بعضهم من بعض، ولهذا وجب نصب الخليفة لكن نظره أعم. ولما كان هذا الغرض يحصل بواحد كان فرض كفاية، فإن لم يوجد إلا واحد ممن يصلح له تعين (خ): ولزم المتعين أو الخائف فتنة إن لم يتول أو ضياع الحق القبول والطلب وأجبر عليه وإن يضرب، وكان ذلك في زمن النبوة موقوفاً على النبي ﷺ بنفسه لأنه المتلقي لما أنزل إليه من ربه لا يولي أحداً فيما حضره ولا يتقدم أحد بين يديه ولا يعترض بقول أبي بكر: لا ها الله إذا لا يعمد إلى أسد من أسد الله يقاتل عن الله ورسوله فيعطيك سلبه الحديث. لأنه جار مجرى ما يمضيه الوزير بين يدي الأمير، وقد قال ﷺ: «وزيراي من أهل السماء جبريل وميكائيل، ومن أهل الأرض أبو بكر وعمر». وجار مجرى الفتوى يتقدم إليها التلميذ بين يدي شيخه يظهر له فهمه ومبلغ

قلت: إنما قصده على أن يبالغ على جنس ما يستند فيه لعلمه، ويكفيه أن يذكر منه بعض أفراده والمبالغة عليه أولى من الحدود لقوة توهمه وقوله: لا في عموم الخ به خرجت الولاية العظمى لأن نظرها أوقع لأن القاضي ليس له قسمة الغنائم ولا تفريق الزكاة ولا ترتيب الجيوش ولا قتال البغاة ولا الإقطاعات. ثم كما يطلق القضاء في الاصطلاح على الصفة المذكورة، كذلك يطلق على الحكم والفصل فيقال: قضاء القاضي حق أو باطل وتقدم عن الجوهري أنه يطلق على ذلك لغة.

قلت: وباعتبار الإطلاق الثاني رسمه القرافي فقال: الحكم إنشاء إلزام أو إطلاق فالإلزام كالحكم بلزوم الصداق أو النفقة أو الشفعة، وقد يكون بعدم الإلزام كالحكم بعدم لزوم ما ذكر، والإطلاق كالحكم بزوال الملك عن أرض زال إحياؤها أو زوال ملك الصائد عن صيد ند الخ، وكذا رسمه ابن رشد باعتبار هذا الإطلاق أيضاً حيث قال: هو الإخبار بحكم شرعي على وجه الإلزام أي إنشاء الإخبار فهو مساوٍ لرسم القرافي إلا أن الحكم في كلام ابن رشد لا يفسره بالإلزام بل بالخطاب أي بخطاب شرعي، والخطاب الشرعي هو خطاب الله تعالى المتعلق بفعل المكلف، ثم تبين لي أنه يصح تفسيره بإلزام أيضاً أي بإلزام شرعي ألزم الشارع به عباده على وجه إلزامه هو للخصمين أو أحدهما وكل من الرسمين غير مطرد لصدقهما بحكمي الصيد وسائر الخطط الشرعية، فلو قالا إنشاء إلزام يوجب نفوذه في كل شيء ولو بتعديل الخ لسلما من ذلك، والضمير في قولنا يوجب يعود على الإنشاء وفي قولنا نفوذه يعود على الإلزام. ثم إنه على الإطلاق الثاني تعرض له الأحكام الخمسة ولا إشكال. وكذا على الأول لأن قوله نفوذ حكمه معناه كما مرّ لزوم إلزامه وإلزامه يعرض له ما ذكر وبه يسقط قول من قال: إنما تعرض له باعتبار القبول والطلب لأن القضاء صفة ولا شيء من الصفات بمعروض للأحكام المذكورة، ثم إن المصنف اكتفى بتعريف القاضي عن تعريف القضاء المبوب له فقال:

ما عنده، وأما فيما غاب فبعث علياً ومعاذاً إلى اليمن وقال: «لا تقض لأحد الخصمين حتى تسمع من الآخر». ولم تزل الخلفاء رضي الله عنهم على سيرة النبي ﷺ في توليهم جميع ما حضرهم من الأحكام الشرعية من صلاة وبعث وترتيب جيش وغيرها إلى أن شغلت الخوارج بحربها علياً عن الوفاء بما سلكوا، فاستقضى شريحاً بالكوفة بموضع إقامته فيه فيقال: هو أول قاض في الإسلام، وقال المتيطي قال مالك: لم يكن في زمنه ﷺ ولا في زمن الخلفاء قاض لأنهم كانوا يقضون بين الناس، وأول من استقضى معاوية وأنكر أن يكون علي استقضى شريحاً. وحكى ابن شعبان: أول من استقضى معاوية عبد الله بن نوفل فالله أعلم بما كان. ثم لك أن تبقي القضاء في كلام المصنف على ظاهره من المصدرية وتقول: أكتفي بتعريف القاضي لتضمنه إياه لأن الوصف أخص من المصدر، فيفهم منه أن القضاء هو تنفيذ الأحكام الشرعية أي إلزام تنفيذها نفذت أم لا، ولك أن تقول أطلق المصدر وأراد به الوصف أي القاضي، والأول أوجه، والمعنى باب ذكر شيء من أحكام القضاء كصفات القاضي الواجبة والمستحبة. وأركان القضاء وما يتعلق به من رفع المطلوب وتقييد المقال والجواب والتأجيل والإعذار، وغير ذلك مما عقد له فصولاً في الباب فالضمير في به للقضاء على كل حال، وعلى الثاني يكون فيه استخدام.

١٤ـ مُـنَـفِّـذٌ بِـالـشَّـرْعِ لِـلأَحْـكَـامِ   لَـــهُ نِـيَـــابَـــةٌ عَـــنِ الإِمَـــامِ

(منفذ) أي هو القاضي المفهوم من القضاء منفذ الخ لأن القضاء على معناه من المصدرية لا بد له من شخص يقوم به، ويحتمل أن يريد بالقضاء الوصف أي باب القاضي وعلى كل ففي الكلام استخدام لأنه في الأول أطلق القضاء على معناه المصدري، وأعاد عليه الضمير المقدر قبل قوله منفذ باعتبار الوصف، وفي الثاني أطلقه على الوصف وأعاد عليه الضمير في به باعتبار معناه المصدري و (بالشرع) وهو ما شرعه الله للعباد يتعلق به، وكذا قوله (للأحكام) وأل فيه للاستغراق فتخرج به سائر الخطط لأن أحكامها خاصة ببعض الأشياء كما مر ما عدا الإمامة العظمى أخرجها بقوله: (له) أي القاضي (نيابة عن الإمام) فهو من تمام الحد، والجملة خبر ثان وكأنه قال القاضي هو النائب عن الإمام في تنفيذ جميع الأحكام الشرعية أي إلزامها نفذت بالفعل أم لا، فيؤخذ منه أن القضاء بالمعنى المصدري هو نيابة عن الإمام في تنفيذ الأحكام إلخ، إذ يلزم من تعريف الفرع تعريف الأصل، وأن النائب لا يقوى قوة المنوب عنه فليس له النظر في تجهيز الجيوش وقسم الغنائم ونحو ذلك مما مر وأن للإمام عزله لأنه وكيل عنه وكذا له هو عزل نفسه لأنه من العقود الجائزة شرع أم لا كما في ضيح وابن فرحون وغيرهما. وقوله: للأحكام جمع حكم وهو ما يلزمه القاضي لأحد الخصمين، ثم إن حكم في مسألة اجتهادية تتقارب فيها المدارك لأجل مصلحة دنيوية فمحكمة إنشاء، فإذا قضى المالكي مثلاً بلزوم الطلاق في التي علق طلاقها على نكاحها فقضاؤه إنشاء نص خاص وارد من قبله سبحانه في خصوص هذه المرأة المعينة، فليس للشافعي أن يفتي فيها بعدم لزوم الطلاق استناداً لدليله العام الشامل لهذه الصورة

(منفذ) أي هو أي القاضي منفذاً فهو خبر لمبتدأ محذوف (بالشرع) أي بمقتضى الشرع أي الشريعة وهي ما شرع الله لعباده (للأحكام) جمع حكم وهو ما يلزم به القاضي أحد الخصمين (له) أي القاضي (نيابة عن الإمام) أي عن صاحب الإمامة. وهي كما قال ابن سلمون عبارة عن نيابة شخص عن النبي ﷺ في إقامة قوانين الشرع وحفظ الملة على وجه يجب اتباعه على كافة الأمة. وشروطها المتفق عليها ستة: الذكورة والبلوغ والحرية والعدالة والاجتهاد وأن يكون ذا رأي مصيب ونجدة في تجهيز الجيوش وسد الثغور وإقامة الحدود وضرب الرقاب بالحق وإنصاف المظلوم من الظالم لا يلحقه خور أي ضعف في ذلك وزاد أهل السنة كونه قرشياً لقوله ﷺ: «الخلافة في قريش» ثم قال: والقضاء هو النيابة عن الإمام في تنفيذ الأحكام الشرعية وأول من استناب في ذلك علي بن أبي طالب انتهى. وأل في الأحكام للعموم وقوله: له نيابة إلى آخره أخرج به الإمام فهو من تمام الحد فلا يرد أنه غير مانع والجملة من قوله: له نيابة عن الإمام خبر ثان وإذا كان نائباً عنه فهو بمنزلة الوكيل له عزله متى شاء بتسبب وبغير سبب وهذا بخلاف من أوصى له الإمام بالخلافة وقيل فليس له عزله بعد. والفرق أن القاضي وسائر العمال إنما ولاهم لينوبوا عنه في بعض الكلف التي عليه أن يقوم بها للمسلمين فله عزلهم كالموكل والولاية عليهم بعد موته ليست من الحقوق اللازمة له فالوصية بها حكم حكم به على المسلمين وأحكامه عليهم نافذة قاله المازري وقد أوصى أبو بكر وعمر وقال: لا أتحمل عهدتها حياً وميتاً وجعل الأمر شورى بين ستة.

ولغيرها لأن حكم الحاكم فيها جعله الله تعالى نصاً خاصاً وارداً من قبله رفعاً للخصومات وقطعاً للمشاجرة والقاعدة الأصولية إذا تعارض خاص وعام قدم الخاص. نعم للشافعي أن يفتي ويحكم في غيرها بمقتضى دليله، وكذا لو حكم الشافعي في الصورة المذكورة باستمرار الزوجية بينهما خرجت عن دليل المالكي ولزمه أن يفتي فيها بلزوم النكاح ودوامه وفي غيرها بلزوم الطلاق. وهكذا حكمه في مواطن الخلاف كان داخل المذهب أو خارجه وهو معنى قول (خ) ورفع الخلاف الخ.

قلت: وهذا في المجتهد أو المقلد الذي معه في مذهب إمامه من النظر ما يرجح به أحد الدليلين على الآخر، وأما غيرهما فمحجر عليه الحكم بغير المشهور أو الراجح أو ما به العمل فحكمه بذلك إخبار وتنفيذ محض. نعم إذا تساوى القولان في الترجيح فحكمه إنشاء رفع للخلاف، وخرج باجتهادية حكم حكمه في مواضع الإجماع فإنه إخبار محض لا إنشاء فيه لتعين الحكم بذلك وثبوته وبقيد التقارب الخ المدرك الضعيف كالشفعة للجار واستسعاء المعتق فالحكم بسقوطهما إخبار محض والحكم بثبوتهما ينقض لضعف المدرك عند القائل به، وبقيد المصلحة الدنيوية العبادات كتحريم السباع وطهارة الأواني والمياه، ونحو ذلك مما اختلف فيه أهل الاجتهاد لا للدنيا بل للآخرة، فهذه تدخلها الفتوى فقط إذ ليس للحاكم أن يحكم بأن هذه الصلاة صحيحة أو باطلة بخلاف المنازعة في الأملاك والأوقاف والرهون، ونحوها مما اختلف فيها لمصلحة الدنيا، وكذا أخذه للزكاة في مواطن الخلاف فهو حكم من جهة أنه تنازع بين الفقراء والأغنياء لا أن أخبر عن نصاب اختلف فيه أنه يوجب الزكاة ففتوى فقط ثم لا يتوقف حكمه على قوله حكمت بل إن لم يفعل أكثر من تقرير الحادثة أو سكوته كما لو رفعت إلى حنفي امرأة زوجت نفسها بغير ولي فسكت عنها، فالحكم عند ابن القاسم ليس لمن أتى بعده من مالكي أو غيره النظر في خصوص تلك الحادثة لأن إقراره إياه كالحكم بإجازته. وقال ابن الماجشون: ليس بحكم فإن قال عند رفعها إليه أنا لا أجيز النكاح بغير ولي من غير أن يحكم بفسخه ففتوى فقط قاله ابن شاس وتبعه غيره. وقال ابن عرفة: الظاهر أنه حكم فليس لغيره نقضه وهو الموافق لما مر لأن قوله: أنا لا أجيز النكاح بغير ولي إخبار عن رأيه ومعتقده، ولا يلزم من ذلك فسخه، وإذا لم يلزم بقي ساكتاً عنه والسكوت تقرير له وهو حكم عند ابن القاسم، واختلف في قوله: ثبت عندي كذا هل هو والحكم بمعنى أو الثبوت غير الحكم وهو الصواب لأنه يوجد بدونه كثبوت هلال رمضان، وطهارة المياه ونجاستها والتحريم بين الزوجين بالرضاع حيث لا تنازع بينهما فيه، ونحو ذلك مما لا تدخله الأحكام وإذا وجد بدون حكم كان أعم منه، والأعم من الشيء غيره ثم الذي يفهم من الثبوت نهوض الحجة كالبينة ونحوها السالمة من الطعن فمتى وجد ذلك يقول فيه القاضي ثبت عندي كذا، وقد يوجد الحكم أيضاً بدون الثبوت كالحكم بالاجتهاد في قدر التأجيلات ونحوها، فبينهما حينئذ العموم والخصوص من وجه، وأيضاً يفرق بينهما بأن ثبوت الحجة مغاير للكلام النفساني الإنشائي الذي هو الحكم، ولا يخفى أن نهوض الحجة مقدم على الحكم فهو غيره قطعاً. قال القرافي: وقد علمت منه أن قول القاضي أعلم بثبوته أو باستقلاله أو ثبت عندي ونحوه يكون بعد كمال البينة وقبل الإعذار فيها، لأن الأعذار فرع ثبوتها وقبولها فلا يعذر للخصم في شيء لم يثبت عنده، وفعله جعل إذ الإعذار سؤال الحاكم

من توجه عليه الحكم هل له ما يسقطه ويمتنع سؤاله قبل الأداء والقبول والثبوت. وقوله في النص السالمة من الطعن يعني في ظنه واعتقاده لأنه يسند لعلمه في ذلك فقول (ت) ولا يكون أي الثبوت إلا بعد كمال البينة والإعذار فيها سهو، بل يكون الثبوت فيما لا خصومة فيه بالكلية كما مرّ.

تنبيهات الأول: قال القرافي: الفتوى والحكم كلاهما خبر عن الله تعالى، ويجب على السامع اعتقاد ذلك إلا أن الفتوى محض إخبار والحكم إخبار معناه الإنشاء والإلزام، وكلاهما يلزم المكلف، فالمفتي مع الله تعالى كالمترجم مع القاضي ينقل عنه ما وجده عنده واستفاده منه بإشارة أو عبارة أو فعل أو تقرير أو ترك، والحاكم مع الله تعالى كنائب الحاكم ينشىء الأحكام والإلزام وليس بناقل ذلك بل مستنبته فكأنه قال له: أي شيء حكمت به على القواعد فقد جعلته حكمي، فكلاهما مطيع لله تعالى ناقل لحكمه غير أن أحدهما منشىء والآخر ناقل اهـ. وقوله: ويجب على السامع اعتقاد ذلك الخ. من أجل ذلك قال قاض لخصم اتهمه في حكمه لست بمؤمن، فقال وبم كفرتني؟ فقال له قال تعالى: ﴿فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك﴾ إلى آخر قوله: ﴿ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً﴾ [النساء: ٥٦] الآية.

الثاني: علما القضاء والفتوى أخص من العلم بالفقه لأن متعلق الفقه كلي من حيث صدق كليته على جزئيات فحال الفقه من حيث هو فقيه كحال عالم بكبرى قياس الشكل الأول فقط، وحال القاضي والمفتي كحال عالم بها مع علمه بصغراه ولا خفاء أن العلم بهما أشق وأخص، وأيضاً فقها القضاء والفتوى مبنيان على إعمال النظر في الصور الجزئية وإدراك ما اشتملت عليه من الأوصاف الكائنة فيها فيلغي طرديها ويعمل معتبرها قاله ابن عرفة فقوله: وأيضاً فقها الخ، هو بيان لوجه كونهما أخص بعد أن بينه بالمثال وقوله: طرديها أي الأوصاف الطردية التي لا تنبني على وجودها أو فقدها ثمرة، وهذا وجه تخطئة المفتين والقضاة لبعضهم بعضاً، فقد يبني القاضي والمفتي حكمه على الأوصاف الطردية المحتفة بالنازلة ويغفل عن أوصافها المعتبرة، وأصل ما ذكره ابن عرفة لابن عبد السلام. ونصه: وعلم القضاء وإن كان أحد أنواع علم الفقه ولكنه يتميز بأمور لا يحسنها كل الفقهاء، وربما كان بعض الناس عارفاً بفصل الخصام وإن لم يكن له باع في غير ذلك من أبواب الفقه، كما أن علم الفرائض كذلك ولا غرابة في امتياز علم القضاء عن غيره من أنواع الفقه، وإنما الغرابة في استعمال كليات الفقه وتطبيقها على جزئيات الوقائع وهو عسير، فتجد الرجل يحفظ كثيراً من العلم ويفهم ويعلم غيره، وإذا سئل عن واقعة ببعض العوام من مسائل الإيمان ونحوها لا يحسن الجواب عنها، وللشيوخ في ذلك حكايات نبه ابن سهل في أول كتابه على بعضها اهـ. وبه تعلم أن معنى قوله في ضيح: وعلم القضاء وإن كان أحد أنواع الفقه، لكنه يتميز بأمور لا يحسنها كل الفقهاء، وقد يحسنها من لا باع له في الفقه اهـ. هو أنه من لا باع له في حفظ مسائل الفقه، لكنه معه من الفطنة ما يدخل به الجزئيات تحت كلياتها بخلاف غيره، فهو وإن كان كثير الحفظ لمسائله لكن ليس معه من تلك الفطنة شيء كما يرشد إليه كلام ابن عبد السلام، ولذلك نقلته برمته. وكثير من الحمقاء اغتر بظاهر كلام ضيح حتى قال: إن القضاء صناعة يحسنه من لا شيء معه من الفقه، وجرى ذلك على ألسنة كثير

منهم، واحتجوا بقول المصنف الآتي ويستحب العلم فيه الخ وهو احتجاج ساقط. قال ابن رشد: ليس العلم الذي هو الفقه في الدين بكثرة الرواية والحفظ إنما هو نور يضعه الله حيث شاء، وقد أجبت عن ضيح بما مر قبل الوقوف على كلام ابن عبد السلام والله أعلم.

الثالث: تثبت ولاية القضاء بالشهادة على الإمامة مشافهة أنه ولى فلاناً أو بالاستفاضة وانتشار الخبر أنه ولاه، ومنع بعضهم ثبوتها بكتاب يقرأ عن الإمام إلا أن ينظر الشهود فيما يقرؤه القارىء لجواز أن يقرأ ما ليس في الكتاب وتنعقد بالصريح: كوليتك وقلدتك واستخلفتك واستنبتك، وبالكناية: كاعتمدت عليك وعولت عليك ورددت إليك وجعلت إليك وفوضت إليك ووكلت إليك وأسندت إليك وعهدت إليك، ولا بد أن يقترن بالكناية ما ينفي عنها الاحتمال مثل: احكم فيما اعتمدت عليك فإن كان المولى بالفتح غائباً فيجوز قبوله على التراخي ويكفي في القبول شروعه، ولا ينبغي له القبول إذا ولاه الأمير الغير العدل ولا تتم توليته، حتى يكون المولِي بالكسر عالماً بشرائط الولاية في المولى بالفتح وإن جهلها وقت العقد لم تصح واستأنف، ولا بد أيضاً من تعيين البلد الذي عقدت عليه الولاية فيه وتعيين الخطة من كونها قضاء أو إمارة أو جباية ليعلم على أي نظر عقدت له وإلاَّ فسدت.

الرابع: لا يخفى أن قول الناظم منفذ الخ. يتضمن أركان القضاء الخمسة لأن المنفذ يستلزم مقضياً له وعليه وفيه. وقوله: بالشرع هو المقضي به وكيفية القضاء وستأتي مفصلة إن شاء الله.

لطيفة: نقل الحطاب عن المشذالي أن عمر بن عبد العزيز كتب إلى عامله بالبصرة أن اجمع بين إياس بن معاوية والقاسم بن ربيعة فولِّ القضاء أنفذهما، فجمع العامل بينهما وذكر لهما ما كتب له به فقال له إياس: سل عني وعن القاسم فقيهي المصر الحسن البصري وابن سيرين، وكان إياس لا يأتيهما والقاسم يأتيهما، فعلم القاسم أنه إن سألهما أشارا به فقال له: لا تسأل عني ولا عنه، فوالله الذي لا إله إلا هو إن إياساً أفقه مني وأعلم بالقضاء، فإن كنت كاذباً فما عليك أن توليني وأنا كاذب وإن كنت صادقاً فينبغي لك أن تقبل قولي فقال له إياس: إنك جئت برجل وأوقفته على شفا جهنم فنجى نفسه منها بيمين كاذبة فيستغفر الله منها وينجو مما يخاف فقال له العامل: أما إنك إذا فهمتها فأنت لها فاستقضاه اهـ.

١٥ـ واسْتُحْسِنَتْ فِي حَقِّهِ الْجَزَالَهْ   وَشَرْطُهُ التَّكْلِيفُ وَالْعَدَالَهْ

(واستحسنت): أي استحب **(في حقه)** أي القاضي **(الجزالة)** من جزل فهو جزيل أي عاقل أصيل الرأي، وكأنه أراد لازمها الذي هو جودة الفطنة فالمستحب شيء خاص وهو أصالة الرأي وكثرة الفطنة الموجبة للشهرة بها بشرط أن لا تصل إلى حد الدهاء، وإلاَّ فالمطلوب السلامة منها، وأما مطلق الفطنة المانع من كثرة التغفل ومشي الحيل عليه فهو شرط صحة في ولايته داخل في قوله: **(وشرطه)** أي شروط صحة ولايته **(التكليف)** أي العقل والبلوغ فلا تنعقد لصبي ولا لفاقد

(واستحسنت) أي استحبت **(في حقه)** أي القاضي **(الجزالة)**. قاله ابن رشد. وهي أصالة الرأي والقوة والإتقان والأحكام مصدر جزل فهو جزيل أي عاقل أصيل الرأي **(وشرطه)** أي وشروط صحة ولايته **(التكليف)** أي العقل والبلوغ. لأن المجنون والصبي لا يجري عليهما قلم

العقل من مجنون ومعتوه، إذ لا يجري عليهم قلم ولا لفاقد تمامه كمغفل لأن التغفل إذا كان مانعاً من الشهادة فأحرى القضاء (**والعدالة**) وهي تستلزم الإسلام وعدم الفسق، فالكافر لا ولاية له لقوله تعالى: ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا﴾ [النساء:١٤١] والفاسق كذلك لا تصح ولايته ولا ينفذ حكمه وافق الحق أم لا. لأنه لا تقبل شهادته فأحرى قضاؤه وقال أصبغ: تنعقد ولايته ويجب عزله ويمضى من أحكامه ما وافق الحق على المشهور، والجور نوع من الفسق فإذا ثبت جوره في قضية بإقرار ونحوه نقضت أحكامه كلها. ومنه تقديمه للشهادة من يعرف جرحه فلا عذر له في أنه إنما يقدمه خوفاً من موليه، إذ لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق. وفي الحقيقة إنما يخاف العزل فقط.

فإن قيل: العدالة كما تستلزم الإسلام وعدم الفسق كذلك تستلزم الحرية والتكليف أيضاً، فلو اكتفى الناظم بها وأبدل التكليف بالفطنة وأسقط الحرية الآتية كما فعل خليل حيث قال: أهل القضاء عدل ذكر فطن الخ. لكان أحسن وأخصر. قلنا: العدالة عند خليل تستلزم ما ذكر لأنه فسرها في الشهادات بذلك فقال: العدل حر مسلم عاقل بالغ بلا فسق الخ. فلذلك حسن منه الاكتفاء في باب القضاء بخلافها عند الناظم فإنما تستلزم الإسلام وعدم الفسق بدليل قوله الآتي:

والعدل من يجتنب الكبائر ويتقي في الغالب الصغائر

١٦ـ وَأَنْ يَكُونَ ذَكَراً حُرًّا سَلِمْ مِنْ فَقْدِ رُؤْيَةٍ وَسَمْعٍ وَكَلِمْ

(**وأن يكون ذكراً**) فلا تنعقد ولاية المرأة لقوله عليه السلام: «لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة» ولأن بعض النساء ربما كانت صورتها فتنة. (**حراً**) ولو عتيقاً على المشهور. وقال سحنون: لا تصح ولايته لأنه قد يستحي فترد أحكامه، وأما الرقيق ولو بشائبة فلا ولاية له لأنه ممنوع من ولاية نفسه، فكيف لولاية غيره ولأنه أثر كفر. وبقي من شروط الصحة كونه واحداً فلا تصح تولية اثنين على أن لا ينفذ حكم في كل قضية إلا باجتماعهما معاً عليه لاختلاف الأغراض وتعذر الاتفاق غالباً، وذلك يفضي لتعطيل الأحكام، وأما تولية كل منهما على سبيل الاستقلال فجائز، وكذا في قضية واحدة معينة كما في ابن عرفة (خ): وجاز تعدد مستقل

ولا يلزمهما حكم، فكيف يلزمان الغير؟ ثم لا يكتفى في العقل بالعقل التكليفي من علمه بالمدركات الضرورية بل حتى يكون جيد الفطنة بعيداً من السهو والغفلة يتوصل إلى وضوح ما أشكل وفصل ما أعضل قاله الماوردي، وهو مراد (خ) بقوله: فطن. وذكره ابن الحاجب أيضاً في شروط الصحة وفوق هذا الجزالة وهي مستحبة وفوقهما الزيادة في الدهاء، وتستحب السلامة منها (**والعدالة**) وتتضمن الإسلام لأن الكافر لم يجعل الله له على المؤمنين سبيلاً والولاية من أعظم السبل، ولأن الكافر غير مأمون ولا موثوق به والعدل من يجتنب الكبائر ويتقي في الغالب الصغائر، والمباح الذي يقدح في المروءة. ولما أخذه بمفهومه بهذا المعنى احتاج إلى ذكر الحرية وإلا ففي (خ) العدل حر مسلم الخ. وعليه فلا يحتاج لقيد الحرية.

(**وأن يكون ذكراً**) لأن القضاء فرع الإمامة العظمى، وفي الحديث: «لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة». (**حراً**) لا شائبة رق فيه بحال لأن الرق أثر كفر والنفوس تأنف من الانقياد لمن عليه رق.

وخاص بناحية أو نوع الخ. وكونه مجتهداً فلا تصح تولية المقلد مع وجوده، واختلف الأصوليون هل يمكن خلو زمان من الأزمنة عن مجتهد أم لا؟ ولا تصح الدعوى بعدم وجوده إلا من مجتهد إذ القول بانتفائه فرع إدراك مرتبته فإن لم يوجد المجتهد فيستحب تولية أعلم المقلدين، وهو مراد خليل بقوله: مجتهد إن وجد وإلاَّ فأمثل مقلِّد بكسر اللام فحكم بقول مقلَّده بفتحها فكونه أمثل مقلد مستحب لا واجب كما يعطيه كلامه. وكونه غير دافع رشوة لتحصيله فإن دفعها فلا تنعقد ولايته وقضاؤه مردود، ولو وافق الحق وتوفرت فيه شروط القضاء كما في التبصرة، واعتمده الزرقاني وقول الحطاب، والظاهر أنه إذا طلب القضاء فولي لا يجب عزله الخ يعني إذا طلبه بغير رشوة والله أعلم. ثم إنه إذا انفرد واحد بهذه الشروط تعين عليه (خ): ولزم المتعين أو الخائف فتنة إن لم يتول أو ضياع الحق القبول والطلب الخ، ابن عرفة: وهذا كله ما لم تكن توليته ملزومة لما لا يحل من تكليفه تقديم ما لا يحل تقديمه للشهادة، وقد شاهدنا من ذلك ما الله أعلم به اهـ. يريد إنما يلزمه القبول تعين أم لا إذا كان يعان على الحق وإلا لم يلزمه وظاهر قوله: (**سلم. من فقد رؤية وسمع وكلم**) أن السلامة من فقد جميعها شرط صحة وليس كذلك، بل المذهب أن السلامة من فقد أحدها شرط في جواز ولايته ابتداء وفي جواز دوامها فتصح ولايته بعد الوقوع وينفذ ما حكم به ويجب عزله كما أفاده خليل بقوله: ونفذ حكم أعمى وأبكم وأصم ووجب عزله الخ. قلت: فلو قال على ما مر من أن العدالة تستلزم الحرية والتكليف ما نصه، وشرطه الفطنة والعدالة.

وأن يكون ذكراً وواحداً ... وعالماً مجتهداً إن وجدا
ورؤية سمع كلام إن سلب ... واحد ذي الثلاث فالعزل يجب

لسلم مما ورد عليه هنا، وفي قوله: ويستحب العلم الخ. قلت: وقد يجاب عن الأول بأن إحدى الواوين في قوله: وسمع وكلم بمعنى أو والأخرى بمعنى مع أي سالماً من فقد رؤية مع سمع أو كلام أو من فقد سمع مع كلام أي شرط الصحة السلامة من فقد اثنين منها، فإن فقدهما فلا تنعقد ولايته وأحرى أن فقد الثلاثة كما صرح به ابن عبد السلام. وأما فقد واحد منها فشرط في الجواز ابتداء كما مرّ. وبه تعلم أن قول (ت): فتنعقد ولاية فاقدها أي الثلاثة الخ، صوابه فاقد أحدها، وعن الثاني بأن المستحب في قوله:

قال الماوردي: وإذا كان الرق مانعاً من ولاية نفسه فأحرى من ولايته على غيره (**سلم من فقد رؤية وسمع وكلم**) ظاهره أن هذه من شروط الصحة وهو ظادر ما في وثائق ابن سلمون، والمذهب أن فقدها موجب للعزل فتنعقد ولاية فاقدها وتنفذ أحكامه، ويجب عزله سواء ولي كذلك أو طرأ عليه قاله في التوضيح. وجرى عليه في (خ) فقال: ونفذ حكم أعمى وأبكم وأصم ووجب عزله واشترطت السلامة مما ذكر لعدم تأتي المقصود من الفهم والإفهام عند فقدها. وزيد في شروط الصحة مجتهد إن وجد وإلاَّ فأمثل أي أفضل مقلد يحكم بقول مقلده لا غير على المشهور، ولفظ ابن الحاجب: فإن لم يوجد مجتهد فمقلد، ابن عبد السلام: ينبغي أن يختار أعلم المقلدين وهل يلزمه الاقتصار على قول إمامه؟ قولان. انتهى. وهي أحسن من عبارة (خ) لاقتضائها أن كونه أمثل مقلد واجب، وليس كذلك بل يستحب فقط، ويمكن أن يكون هو مراد ابن رشد بقوله: إن العلم فيه

١٧ـ وَيُسْتَحَبُّ الْعِلْمُ فِيهِ وَالْوَرَعْ   مَعَ كَوْنِهِ الأُصُولَ لِلْفِقْهِ جَمَعْ

(ويستحب العلم فيه) على حذف مضاف أي يستحب غزارة العلم فيه أي زيادته بأن يكون أمثل مقلد وأفضل مجتهد، أو على حذف الصفة كقوله تعالى: ﴿الآن جئت بالحق﴾ [البقرة: ٧١] أي البين أي يستحب فيه العلم الموصل للاجتهاد كما في المقدمات، فهو يفيد شرطية العلم في الجملة، وأن المستحب علم خاص وهو ما يتوصل به للاجتهاد. ابن عرفة: ففي صحة تولية المقلد مع وجود المجتهد قولان: لابن زرقون مع ابن رشد، وعياض مع ابن العربي، والمازري، ومع فقده جائز ومع وجوده المجتهد أولى اتفاقاً فيهما اهـ. وهذا الحمل وإن كان يقتضي أن المقلد تصح توليته مع وجود المجتهد وهو مرجوح كما مرّ، لكن حمله عليه أولى من بقائه على ظاهره المقتضي لصحة تولية الجاهل المحض مع أنه لا تنعقد له ولاية ولا ينفذ له حكم صادف الحق أم لا شاور أم لا. وما ورد عن ابن حبيب وابن زرقون وغيرهما مما يوهم صحة توليته ليس على ظاهره، بل المراد به عندهم المقلد كما لأبي الحسن وابن ناجي والأبي وغيرهم. وفي المعيار عن اليزناسي أنه لا خلاف في جواز تعقب أي تصفح أحكام المقلد وهو الذي يعبر عنه في كتاب أئمتنا بالجاهل اهـ. وفي أول جامع البرزلي بعد أن ذكر حقيقة الاجتهاد وشروط المجتهد ما نصه: والعامي من ليس له ما ذكرنا من آلة الاجتهاد، فالمقلد والجاهل والعامي عندهم ألفاظ مترادفة، وبهذا تعلم أن المراد بالجاهل في قول (خ): أو جاهل لم يشاور الخ المقلد، وأن أحكامه إذا لم يشاور فيها تتعقب أي تتصفح فيرد خطؤها ويمضي غيره، وأن قوله: ورفع الخلاف. وقوله: ولا يتعقب حكم العدل العالم إنما هو في المجتهد ولو في مذهب إمامه، فيدخل نحو ابن رشد واللخمي ومن بعدهم من المتأخرين الذي لهم تصرف في القياسات وإدخال الجزئيات تحت كلياتها، وليس المراد خصوص المجتهد المطلق، وأما المقلد فلا يرفع الخلاف وتتعقب أحكامه ولا يعتبر منها إلا ما وافق المشهور أو الراجح أو ما به العمل كما مرّ.

فإن قيل: الجاهل الحقيقي إذا شاور صار مقلداً وحينئذ فتجوز توليته حيث دخل على المشهورة. قلنا: هو لا يميز بين الحق والباطل ولا بين ما يجب قبوله من أحد الخصمين وما لا، وما يوجب على خصمه حقاً أو جواباً وما لا، وإن كتب له عما سأل عنه لم يفهم مواقع الجواب

مستحب أي كونه أمثل مقلد وأفضل مجتهد والله أعلم. ثم لا يعتبر من أحكام قضاة زماننا إلا ما وافق المشهور أو الراجح أو ما به العمل زاد في التوضيح: وكونه واحداً فلا يجوز أن يفوض القضاء لاثنين على أن لا يتم الحكم إلا باجتماعهما (خ): وجاز تعدد مستقل أو خاص بناحية أو نوع. **(ويستحب العلم فيه)** قال الشارح: كون العلم في القاضي من الشروط المستحبة هو ما ذهب إليه ابن زرقون وابن رشد، وهو خلاف ما ذهب إليه عياض وابن العربي والمازري من كونه من الشروط الواجبة اهـ. وهذا هو الذي يقتضيه ما تقدم من شرط الاجتهاد الخ عياض: شرط العلم إذا وجد لازم، فلا يصح تقديم من ليس بعالم ولا ينعقد له تقديم مع وجود العالم المستحق للقضاء، لكن رخص فيمن لم يبلغ رتبة الاجتهاد إذا لم يوجد من بلغها، وعلى كل حال فلا بد أن يكون له علم ونباهة وفهم بما يتولاه وإلا لم يصح له أمر اهـ. قلت: وعبارة المقدمات وأن يكون عالماً يسوغ له الاجتهاد وهي تفيد أن المستحب عنده علم خاص، وعلى كل فهو خلاف المشهور لأنه إذا وجد

وما يعرض فيه من الاحتمال بحيث يعيد عنه السؤال ونحو ذلك. فكيف تنعقد ولايته وتنفذ أحكامه ولا سيما مع اختلاف المشاورين عليه إذ الحاكم لا يحكم بقول مشاوره بالفتح تقليداً له كما لابن عبد البر حتى يتبين له الحق بالدليل الذي تبين به للمشاور، وهم إذا اختلفوا لم يعلم بماذا يأخذ بخلافه إذا كان فقيهاً فإنه وإن أمر بالمشورة، لكن إذا اختلفوا عليه اجتهد في اختلافهم وترقى أحسن أقاويلهم، وأمعن النظر في دلائلهم والله أعلم. ابن محرز: إن حكم بالظن والتخمين من غير قصد إلى الاجتهاد في الأدلة فذلك باطل لأن الحكم بالتخمين فسق وظلم وخلاف الحق، ويفسخ هذا الحكم هو وغيره إذا ثبت عند الغير أنه على هذا حكم اهـ. وفي أقضية البرزلي: لا خلاف أن الحكم بالحزر والتخمين لا يجوز. قال شيخنا الإمام: وكثيراً ما رأيت بعضهم يحكم في النازلة وهو لا يستند لنقل يذكره لما استقرى من حاله إذا روجع في بعض أحكامه لا يستند لنقل ولا قياس اهـ. على نقل البرزلي، وهذا كثير في بعض قضاة الكور. ابن الحاجب: وهو جور وفسق وإن صادف الحق فالمشهور فسخه وإن لم يصادفه فالإجماع على فسخه وإغرام ما أتلفه بحكمه اهـ. وهذا في المقلد إذ الجاهل لا يعرف الأدلة فضلاً عن القصد إليها.

(**والورع**) وهو ترك الشبهات والتوقف في الأمور والتثبت فيها (**مع**) متعلق بقوله: يستحب و(**كونه**) مضاف إليه (**الحديث**)[١] مفعول مقدم و(**للفقه**) يتعلق بقوله: (**جمع**) أي يستحب فيه العلم مع كونه جمع الحديث أي مدارك أحكامه للفقه بأن لا يكون صاحب حديث لا فقه عنده ولا صاحب فقه لا حديث عنده. قال أبو بكر الطرطوشي: وجمهور المقلدين في هذا الزمان لا تجد عندهم من الآثار كبير شيء، وإنما مصحفهم مذهب إمامهم، وإنما استحب في المقلد ما ذكره الناظم لأنه يجب عليه أن لا يخرج عن مشهور قول مقلده بالفتح، ولا يجوز له عند

المجتهد لا يولى غيره، وإذا لم يوجد ووجد العالم فلا يصح تولية الجاهل أيضاً، هذا هو المذهب، فكيف يكون العلم فيه مستحباً مع أنه لا يميز بين الحق والباطل إلا بالعلم. (**والورع**) وهو ترك الشبهات أو التوقف في الأمور والتثبت فيها. مالك: لا أرى خصال القضاء تجتمع اليوم في أحد فإن اجتمع منها خصلتان ولي: العلم والورع. ابن حبيب: فإن لم يكن علم فعقل وورع فبالعقل يسأل وبالورع يقف (**مع كونه الأصول**) أي مدرك للأحكام من كتاب وسنة وإجماع (**للفقه جمع**) ليتأتى له الترجيح عند الاختلاف والاختيار عند التعارض.

تنبيه: حاصل ما ذكره المصنف من الصفات يرجع إلى ثلاثة أقسام: ما هو شرط صحة وذلك التكليف والعدالة والذكورة والحرية وما هو شرط في استمرار ولايته وذلك السلامة من الصمم والعمى والبكم، وجعل أصبغ العدالة من هذا القسم الثاني وما هو مستحب وذلك الجزالة والعلم على ما مشى عليه الناظم والورع وجمعه بين الفقه والحديث (خ) وندب ليشهر علمه كورع غني حليم نزيه نسيب مستشير بلا دين واحد زائد في الدهاء وبطانة سواء. وزاد ابن الحاجب كونه بلدياً ليعرف المقبولين والمسخوطين من الشهود. ابن عبد السلام: والولاة الآن يرجحون غير البلدي لأن البلدي لا يخلو من أعداء له، والغالب وجود المنافسة بينه وبين أهل بلده ثم ذكر محل جلوسه فقال:

---

(١) نسخة وقعت للتسولي الشارح الأصول بدل الحديث كما في التاودي وكل صحيح اهـ مصححه.

عدم وقوفه على ما شهره الشيوخ من الروايتين أو القولين أن يحكم بما شاء منهما بغير نظر في الترجيح فإن ذلك جهل كما مرّ عند ابن محرز ولا يتأتى له النظر إلا بالجمع بين ما ذكر فإن نظر ولم يظهر له دليل الترجيح أو لم يكن من أهله فقول مالك في المدونة مقدم على قول ابن القاسم فيها رواه عنه ابن القاسم أو غيره، لأنه الإمام الأعظم. وقول ابن القاسم فيها مقدم على قول غيره فيها وعلى رواية غيره في غير ما عن الإمام، وقول غيره فيها مقدم على قول ابن القاسم في غيرها وذلك لصحتها، فإن فقد ذلك فليفزع في الترجيح إلى صفاتهم فيعمل بقول الأكثر والأورع والأعلم، فإذا اختص واحد منهم بصفة أخرى قدم الذي هو أحرى منهما بالإصابة، فالأعلم الورع مقدم على الأورع العالم، وكذا لو وجد قولين أو وجهين لم يبلغه عن أحد بيان الأصح منهما اعتبر أوصاف ناقليهما، والترجيح بالصفة جار في المذاهب الأربعة، ومنه تقديم ابن رشد على ابن يونس وابن يونس على اللخمي قاله المشذالي. وهذا فيما عدا ما نبه الشيوخ على ضعف كلام ابن رشد فيه، ولذا اقتصر (خ) في عدة مواضع على كلام اللخمي دون ابن رشد مع علمه به ونقله له في ضيح، وهذا كله في قوليهما من عند أنفسهما لا في نقليهما عن المذهب فإنهما متساويان كما في الزرقاني عند قوله في الزكاة: كالثمر نوعاً أو نوعين. وتأمله فإنه لم يظهر لي وجهه لأنه إذا قدم ابن رشد لشدة حفظه وقوة فهمه فلا فرق بين ما قالاه عن أنفسهما أو نقلاه عن غيرهما، إذ العلة التي هي شدة الحفظ والفهم والتثبت موجودة في الجميع ولم أقف على التفصيل المذكور لغيره والله أعلم. فإن تساوى القولان عنده من كل وجه وعجز عن الترجيح بشيء مما ذكر وغيره؛ فليحكم بأيهما شاء ولا يجوز له ولا للمفتي أن يتساهل في الحكم أو الفتوى بأن يسرع في الحكم أو الفتوى قبل استيفاء حقهما من النظر والفكر، أو تحمله الأغراض الفاسدة على تتبع الحِيل المحظورة أو المكروهة والتمسك بالشبه طلباً للترخيص على من يروم نفعه من الجبابرة والقرابة ونحوهما. أو التغليظ على من يروم ضره ومن فعل مثل هذا وعرف به فلا يجوز أن يستفتي، وقد هان عليه دينه نسأل الله تعالى العفو والعافية.

ثم إن المشهور ما قوي دليله وقيل ما كثر قائله، والصحيح الأول ومقابل المشهور شاذ ومقابل الأشهر مشهور دونه في الشهرة قاله في ضيح، ابن خويز منداد: مسائل المذهب تدل على أن المشهور ما قوي دليله وأن مالكاً رحمه الله كان يراعي من الخلاف ما قوي دليله لا ما كثر قائله. ابن رشد: ويعكر على الأول أن الأشياخ ربما ذكروا في قول إنه المشهور ويقولون في مقابله إنه الصحيح اهـ. ابن فرحون: لا إشكال في هذا لأن المشهور هو مذهب المدونة، وقد يعضد الآخر حديث صحيح، وربما رواه مالك ولا يقول به لعارض قام عنده لا يتحققه هذا المقلد ولا يظهر له وجه العدول عنه فيقول: والصحيح كذا لقيام الدليل وصحة الحديث اهـ.

قلت: فيفهم من هذا الكلام أن المقلد لا يعدل عن المشهور وإن صح مقابله وأنه لا يطرح نص إمامه للحديث وإن قال إمامه وغيره بصحته، وقد صرح بذلك ابن الصلاح وغيره وذلك لأنه لا يلزم من عدم اطلاع المقلد على المعارض انتفاؤه، فالإمام قد يترك الأخذ به مع صحته عنده لمانع اطلع عليه وخفي على غيره، فليس مراد الناظم بقوله: مع كونه الحديث الخ، أنه يعمل بما صح من الحديث المعارض لنص إمامه بل ليتأتى له الترجيح عند عدم الوقوف عليه كما

مرّ. القرافي: إذا كان الإمام مجتهداً فلا يجوز له أن يحكم أو يفتي إلا بالراجح عنده، وإن كان مقلداً جاز له أن يفتي بالمشهور في مذهبه وأن يحكم به وإن لم يكن راجحاً عنده مقلداً في رجحان القول المحكوم به إمامه الذي قلده، وأما اتباع الهوى في الحكم والفتوى فحرام إجماعاً اهـ. فجعل حكم المجتهد بغير الراجح عنده، والمقلد بغير المشهور وإن ترجح عنده بقيام دليل من صحة حديث ونحوه من اتباع الهوى وأنه حرام، وذلك يدل على وجوب نقضه. ولذا قال ناظم العمل:

حكم قضاة الوقت بالشذوذ ... ينقض لا يتم بالنفوذ
ومن عوام لا تجز ما وافقا ... قولاً فلا اختيار منهم مطلقا

ومراده بالشاذ ما قابل المشهور أو الراجح كما مرّ، ومراده بالعوام المقلدون أي لا تجز أحكامهم بغير المشهور، وإن وافقت بعض الأقوال لأن أحكامهم لا ترفع الخلاف واختياراتهم لمقابل المشهور لا تعتبر، ونص في إقرارات المعيار على أن الفتوى بغير المشهور توجب عقوبة المفتي وكذا الجاهل بعد التقدم إليه اهـ. وهذا ما لم يجر العمل بالشاذ، وإلا فيقدم على المشهور بعد أن يثبت بشهادة العدول المثبتين في المسائل أن العمل جرى به غير ما مرة من العلماء المقتدى بهم قاله ميارة في شرح اللامية قال: ولا يثبت العمل المذكور بقول عوام العدول ممن لا خبرة له بمعنى لفظ المشهور أو الشاذ فضلاً عن غيره جرى العمل بكذا، فإذا سألته عمن أفتى به أو حكم به من العلماء توقف وتزلزل، فإن مثل هذا لا يثبت به مطلق الخبر فضلاً عن حكم شرعي اهـ. ثم إن العمل الجاري ببلد لأجل عرفها الخاص لا يعم سائر البلدان بل يقصر على ذلك العرف في أي بلد وجد لأن مبناه عليه. فإن قيل: جرى العمل بأن النحاس مثلاً يحكم به للنساء عند اختلافهن مع الأزواج لأن عرف البلد أنه من متاعهن لم يعم البلد الذي لا عرف لهم بذلك، وإذا تغير العرف في ذلك البلد في بعض الأزمان سقط العمل المذكور ووجب الرجوع للمشهور، وهذا في العرف الذي تنبني عليه الأحكام وهو ما لم يخرج عن أصول الشريعة وإلاَّ فلا عبرة به، وأما العمل الجاري لمصلحة عامة أو سبب كذلك المشار له في اللامية بقوله: لما قد فشا من قبح حال وحيلة. الخ. فظاهر عمومه ما دامت تلك المصلحة وذلك السبب وإلاَّ وجب الرجوع للمشهور، وهذا هو الظاهر قاله المسناوي أي وذلك كما قالوا في الراعي المشترك، وقد يعبرون بالعمل عما حكمت به الأئمة لرجحانه عندهم لا لعرف ولا لمصلحة، ومنه قول (خ) وهل يراعى حيث المدعى عليه وبه عمل وفيها الإطلاق وعمل به، وهو كثير في هذا النظم وغيره. انظر مصطفى آخر باب القضاء، وانظر أوائل شرح نظم العمل المطلق، ثم هذا العمل الذي يعبرون به عن الراجح يجب أن يستمر على حاله، ولا تجوز مخالفته حتى يثبت عن قضاة العدل وأهل الفتوى من ذوي العلم المقتدى بهم أنهم رجعوا عنه وعملوا بخلافه لمصلحة أو ظهور دليل قوي ونحو ذلك كما قالوا: إن العمل كان قديماً بقول ابن القاسم باعتبار الحال في المحجور دون الولاية حكاه ابن أبي زمنين، ثم جرى العمل بقول مالك باعتبار الولاية، ثم جرى في المائة التاسعة بقول ابن القاسم، ولا زال العمل به إلى الآن كما يأتي في الحجر، وهذا كثير أيضاً يجري العمل قديماً بشيء ثم يجري العمل بخلافه. وبالجملة؛ فالعمل الذي بمعنى الراجح هو الكثير في هذا النظم وغيره، ولا تجوز مخالفته حتى يثبت العدول عنه ممن يعتد به من قضاة

العدل وأهل الفتوى وعمل فاس ونواحيها تابع لعمل الأندلس لا لعمل أهل تونس كما يأتي، فإن لم يجد المقلد نصاً لإمامه ولا لأصحابه في عين النازلة فهي معرضة للاجتهاد، لكن لا يجتهد فيها إلا من فيه أهلية. القرافي: المقلد إن كان محيطاً بقواعد إمامه جاز له تخريج غير المنصوص على المنصوص بشرط تعذر الفارق ومع إمكانه يمتنع وإن لم يحط بقواعد إمامه فيمتنع، وإن عدم الفارق لاحتمال لو اطلع على قواعد إمامه لأوجب له الفارق اهـ. ولا يرد على هذا قوله ﷺ: «من اجتهد فأصاب فله أجران، وإن أخطأ فله أجر واحد». لأنه خاص كما في المقدمات بمن فيه أهلية قال: وإلاَّ فلا أجر له إن أخطأ بل هو آثم، وإن أصاب لتقحمه وجرأته على الله تعالى في الحكم بغير علم اهـ. وقال في أجوبته: سئل القاضي العارف بمذهب مالك ولم يبلغ درجة التحقيق بمعرفة قياس الفروع على الأصول فيما مرّ بين يديه من النوازل التي لا نص فيها أن لا يقضي فيها إلا بفتوى من يعرف وجه القياس إن وجده وإلاَّ طلبه في غير بلده فإن قضى فيها برأيه كان حكمه موقوفاً على النظر اهـ. وكلامه صريح في وجوب المشورة لغيره حينئذ، بل ورد في كلامهم ما يدل على وجوب المشورة وإن اطلع على نص لأن تطبيق النازلة على النص عسير، ألا ترى كيف غفل أسد بن الفرات فأفتى الأمير بجواز دخوله الحمام مع جوازيه دون ساتر، وأفتاه غيره بالمنع لأن نظر بعضهن إلى بعض لا يجوز، ولهذا تجد الأئمة يخطىء بعضهم بعضاً في الفتاوى والأحكام. خليل: وأحضر العلماء أو شاورهم الخ. ابن فرحون: إطلاقهم المشورة ظاهره كان عالماً بالحكم أو جاهلاً اهـ. وانظر الحطاب فإن لم يتبين له وجه الحكم بعد المشورة فسيأتي في قوله:

وليس بالجائز للقاضي إذا لم يبد وجه الحكم أن ينفذا
والصلح يستدعي له إن أشكلا الخ

ومما يستحب فيه كونه غنياً حليماً نزيهاً نسيباً خالياً عن بطانة السوء ليس بمحدود ولا زائد في الدهاء كما في خليل، وزاد غيره كونه بلدياً ليعرف المقبولين والمسخوطين من الشهود، وقيل: يرجح غير البلدي لأنه يقل حاسدوه.

١٨ـ وَحَيْثُ لاَقَ لِلْقَضَاءِ يَقْعُدُ وَفِي الْبِلاَدِ يُسْتَحَبُّ الْمَسْجِدُ

(وحيث) ظرف ليقعد **(لاق)** صلح **(للقضاء)** يتعلق بقوله **(يقعد)** أيضاً. وظاهره كان بادية أو حاضرة، وهو كذلك لكن يستحب في الحاضرة المسجد كما سيأتي، وظاهره يقعد حيث لاق ولو بداره. وبه قال أشهب وعليه يأتي قول ابن شعبان من العدل كون القاضي بوسط مصره، ولابن المناصف أن عمر بن الخطاب أنكر ذلك على أبي موسى الأشعري رضي الله عنهما وأمر بإحراق داره عليه فدعا واستقال فلم يعد إلى ذلك قال: فإن دعته ضرورة إلى ذلك فليفتح أبوابها ويجعل سبيلها سبيل المواضع المباحة لذلك. **(وفي البلاد)** أي الحاضرة **(يستحب المسجد)** أي رحابه فهو على حذف مضاف أي يستحب له القعود برحاب المسجد الخارجة عنه ليصل إليه

(وحيث) ظرف ليقعد وكذا المجرور بعده **(لاق)** أي صلح **(للقضاء يقعد)** اللخمي عن أشهب: لا بأس بجلوسه في منزله أو حيث أحب **(وفي البلاد يستحب)** له **(المسجد)** أي القعود بالمسجد والمروي عن مالك قال في المدونة: قال مالك: القضاء في المسجد من الحق وهو من الأمر

الكافر والحائض والجنب والضعيف والسلامة من امتهانه بكثرة اللجاج ودخول بعض العوام وبرجله بلل وغير ذلك، وما قررناه به هو الذي في الواضحة واختاره المتأخرون فقال في المدونة: القضاء في المسجد من الأمر القديم وهو ظاهر النظم إلا أنه لا يحمل عليه لما تقدم على أن ما في المدونة يمكن تأويله بما ذكر أي القضاء في رحاب المسجد الخارجة عنه من الأمر القديم فيكون وفاقاً لما في الواضحة والله أعلم. ويستحب أن يجلس مستقبل القبلة وأن يكون متربعاً أو محتبياً، فإن لم يجلس وحكم في حال مشيه أو جلس متكئاً فهو قول خليل، وفي كراهة حكمه في مشيه أو متكئاً أو إلزام يهودي حكماً بسبته وتحدثه بمجلسه لضجر قولان: وينبغي أن يجلس للحكم في أوقات معلومة وليس عليه أن يستغرق النهار كله، ولا ينبغي أن يحكم مع ما يدهشه عن تمام فكر من جوع وعطش مفرطين وغضب وأكل فوق الكفاية (خ): ولا يحكم مع ما يدهش عن الفكر ومضى أن وقع ولا بأس أن يرفع صوته فيمن يستأهل ذلك من الخصمين وأن يحد بصره ويحتج لمن ضعف عن حجته، ولا يجلس في كثرة المطر والوحل ولا بعد الصبح ولا بين صلاتي الظهر والعصر ولا بين العشاءين ولا في عيد ولا يوم قدوم حاج أو خروجه (خ) وجلس به أي برحاب المسجد أي بغير عيد وقدوم حاج وخروجه ومطر أو نحوه، ولم يشتر بمجلس قضائه كسلف وقراض وأبضاع وحضور وليمة إلا لنكاح وقبول هدية ولو كافأ عليها إلا من قريب وندب اتخاذ من يخبره بما يقال في سيرته وشهوده الخ. فقوله: وقبول هدية أي والمفتي كالقاضي في ذلك فلا يحل له أخذها ممن يرجو أن يعينه في حجة أو في خصومة عند حاكم يسمع منه ويقف عند قوله لأن قول الحق واجب عليه، وقد قال عليه السلام: «من شفع لأخيه شفاعة وأهدى إليه هدية فقبلها فقد أتى باباً عظيماً من أبواب الربا». ومن هذا انقطاع الرعية إلى العلماء المتعلقين بالسلاطين ليرفع الظلم عنهم فيهدون لهم ويكرمونهم، فذلك باب من أبواب الرشوة، لأن رفع الظلم واجب على كل من قدر عليه عن أخيه المسلم. وقوله: ولم يشتر الخ. قال في مختصر الواضحة: إذا اشترى الإمام العدل من رجل أو باع ثم عزل أو مات خير البائع منه أو المشتري في الأخذ أو الترك، نقله ابن فرحون في تبصرته في الفصل الثاني، فقف على هذا الفصل فيه ترى العجب في الآداب اللازمة له.

القديم لأنه يرضى فيه بالدون من المسجد، وتصل إليه المرأة والضعيف. وروى ابن حبيب يجلس برحابه وهو أحسن لقوله ﷺ: «جنبوا مساجدكم رفع أصواتكم وخصوماتكم».

تتمة: قال ابن شعبان: من العدل كون منزل القاضي بوسط مصره، والمستحسن أن يجلس مستقبل القبلة. المتيطي: وأن يكون متربعاً أو محتبياً وفي كراهة حكمه في مشيه أو متكئاً وإلزام يهودي حكماً بسبته وتحدثه بمجلسه لضجر قولان. وليجلس للحكم في أوقات معلومة يعرفها الناس فيأتونه فيها ولا يستغرقها حتى يكون كالأجير. مطرف وابن الماجشون: ولا يجلس للقضاء بين العشاءين ولا بالأسحار ما علمنا من فعله إلا لأمر يحدث فلا بأس أن يأمر وينهى ويسجن، أما الحكم فلا. وينبغي أن يكون على حالة الاعتدال فلا يحكم مع ما يشوش فهمه من غضب أو جوع أو عطش مفرطين ذا عبوسة من غير غضب مجتنباً التضاحك وكل ما يخل بالرتبة، وإن كان مباحاً كالبيع والشراء في مجلس قضائه إلا ما خف وطلب العواري والتماس الحوائج وقبول الهدية. قلت:

فصـــل في معرفة أركان القضاء

أي أجزاء ماهيته التي لا يتم القضاء الذي هو الحكم مع اختلال واحد منها. وهي ستة: القاضي وقد تقدم في قوله: منفذ بالشرع الخ. والمدعي والمدعى عليه والمدعى فيه، وعبر ابن فرحون عن الأولين بالمقضى له وعليه، وعن الثالث بالمقضى فيه. وزاد ركنين آخرين أحدهما: المقضى به يعني من كتاب أو سنة أو إجماع بالنسبة للمجتهد أو المتفق عليه أو المشهور أو الراجح أو ما به العمل بالنسبة للمقلد، وهذا الركن يفهم من قول الناظم فيما مرّ ويستحب الغلم فيه الخ. على ما تقدم من أنه على حذف مضاف أي يستحب زيادة العلم فيه، وأما أصل الغلم فركن من أركانه وشرط صحة فيه كما مرّ، فإن خرج المجتهد عما ذكر من الكتاب والسنّة والإجماع لم ينفذ حكمه لاختلال ركنه وهو معنى قول (خ) ونقض وبين السبب مطلقاً ما خالف قاطعاً أو جلي قياس كاستسعاء معتق وشفعة جار الخ. وإن خرج المقلد عما ذكر من الاتفاق وما معه لم ينفذ حكمه لاختلال ركنه أيضاً، إذ حكمه لا يرفع الخلاف كما مرّ (ت) الإشارة إليه. وقول (ت) هنا: إلا أن هذا بالنسبة للاجتهاد ليس على ما ينبغي بل كلام ابن فرحون في المجتهد والمقلد كما يعلم باستيعاب كلامه في هذا الركن. وثانيهما: كيفية القضاء وهي تتوقف على أشياء كمعرفة ما هو حكم فلا يتعقب لأن حكم المجتهد يرفع الخلاف وما ليس بحكم كقوله: أنا لا أجيز النكاح بغير ولي أو لا أحكم بالشاهد واليمين فيتعقب أي: فلمن بعده من حنفي أن يحكم بصحة النكاح أو مالكي أن يحكم بالشاهد واليمين كما مرّ في الترجمة قبله، ومعرفة ما يفتقر لحكم كالطلاق بالإعسار والإضرار والطلاق على المولى، ونحو ذلك مما يحتاج فيه إلى نظر وتحرير في تحقيق سببه كالتفليس وبيع من أعتقه المديان والعتق بالمثلة وما لا يفتقر كتحريم المحرمات المتفق عليها ورد الودائع والغصوب، ومنه العتق بالقرابة. ومن أعتق جزءاً في عبد بينه وبين غيره فيكمل من غير حكم على المشهور ومعرفة ما يدخله الحكم من أبواب الفقه كالنكاح وتوابعه وسائر المعاوضات، وما لا يدخله كالعبادات ومعرفة الفرق بين ألفاظ الحكم التي جرت بها عادة الحكام كقوله: حكمت بثبوت العقد وصحته فيلزم ذلك وقفاً كان العقد أو بيعاً أو غيرهما، وبين ما لم تجر العادة به كقوله: أسفل الرسم أو على ظهره ورد على هذا الكتاب فقبلته قبول مثله، وألزمت العمل بموجبه أو بمضمونه فليس بحكم لاحتمال عود الضمير في موجبه ومضمونه على الكتاب، وإن ما تضمنه من إقرار أو إنشاء ليس بزور مثلاً فيكون مراده تصحيح

بل هذه ممنوعة وعن إجابة الدعوة إلا الوليمة للحديث وإن تنزه عن الأكل فهو حسن ولا يضيق عليه فيه، وله عيادة المريض وشهود الجنائز والتسليم على الناس والرد عليهم (خ) وندب له اتخاذ من يخبره بما يقال في سيرته وحكمه وشهوده.

فصـــل في معرفة أركان القضاء

أي: أجزاء ماهية الحكم التي لا يتم بدونها واحتيج لمعرفة الأركان المذكورة لأن منها المدعي والمدعى عليه، وبمعرفتهما وتمييز أحدهما من الآخر يتميز وجه القضاء كما قال سعيد بن المسيب رضي الله عنه: من عرف المدعي والمدعى عليه فقد عرف وجه القضاء وهو الذي أشار له الناظم بقوله:

الكتاب وإثبات الحجة فلمن بعده النظر فيه، فإن قال: حكمت بموجب الإقرار أو الوقف الذي تضمنه الكتاب فهو حكم بصحته ومعرفة الفرق بين الثبوت والحكم، وتقدم الكلام عليه في الترجمة قبله ومعرفة المدعي من المدعى عليه فالمدعي والمدعى عليه ركنان مستقلان عنده، أعني عند ابن فرحون، والحال التي يعرف بها كل منهما من أجزاء الركن السادس الذي هو الكيفية.

قلت: تأمل ففي القلب منه شيء لأن الحكم على الشيء فرع تصوره فلا يحكم عليه بأنه مدع حتى تعرف حاله ومعرفة الدعوى الصحيحة وشروطها، ومعرفة حكم جواب المدعى عليه من إقرار أو إنكار أو امتناع منهما، وقد أشار الناظم إلى هذين الأخيرين بقوله: تحقق الدعوى مع البيان. وبقوله بعد: ومن أبى إقراراً أو إنكاراً الخ. ومعرفة كيفية الإعذار ومعرفة صفة اليمين ومكانها والتغلظ فيها، وقد أشار الناظم لهذين أيضاً في فصلي الإعذار واليمين، فهذه كلها من أجزاء هذا الركن، فالناظم رحمه الله قد أشار لبعض أجزاء هذا الركن الذي هو الكيفية ولم يهمله كل الإهمال، وبهذا تعلم أن جعل الكيفية من الأركان صحيح لا تسامح فيه خلافاً لـ (ت) لأنه إن لم يكن عارفاً بتفاريعها اختل حكمه باختلاف محله، إذ قد يحكم بالصحة فيما حكم غيره بالفساد، وبالعكس مع كون الحكم الأول لا يتعقب، وقد يحكم فيما لا يفتقر لحكم فحكمه كالعدم لأنه من تحصيل الحاصل، وهذا إذا لم يعرف كون الدعوى صحيحة ولا كيفية الإعذار ولا محل اليمين ونحو ذلك. وقد علمت بهذا أن الناظم تكلم على الأركان الستة خلافاً لما في (م) و(ت). ولما كان بين المدعي والمدعى عليه التباس وعلم القضاء يدور على التمييز بينهما إذ من ميز بينهما، فقد عرف وجه القضاء كما قال سعيد بن المسيب رضي الله عنه: إذ لم يختلف العلماء فيما لكل منهما من أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه اعتنى الناظم بشأنهما مصدراً بهما في هذا الفصل فقال:

١٩ـ تَمْيِيزُ حَالِ المُدَّعِي والمدَّعَى عَلَيْهِ جُمْلَةُ القَضَاءِ جَمَعَا

فقوله: **(جملة القضاء)** مفعول لقوله: **(جمعاً)**، والجملة خبر تمييز، والظاهر أن لفظة حال ليست مقحمة لأن الشيء إنما يتميز من غيره بصفته، فالمدعي يتميز بكونه يتجرد قوله عن مصدق والمدعى عليه بعكسه كما قال:

(تمييز حال المدعي والمدعى عليه جملة القضاء جمعا)

فلفظه حال مقحمة. وقوله **(جملة)** هو بمعنى الوجه. وأركان القضاء على ما ذكره الناظم ثلاثة: المدعي والمدعى عليه والمدعى فيه إذ لا يتصور قضاء أي حكم بدونها. وعدها ابن فرحون ستة وعبر عن المدعي بالمقضي له، والمدعى عليه بالمقضي عليه وهكذا فقال: وأركان القضاء ستة: القاضي والمقضى به والمقضى له والمقضى عليه والمقضى فيه وكيفية القضاء اهـ. والكل صحيح فإن الطالب في أول الأمر مدع، فإذا حكم له صار مقضياً له وهكذا. ومراده بالمقضى به الحكم من كتاب أو سنة أو إجماع كما قال: إلا أن هذا بالنسبة للمجتهد، وأما الآن فليس إلا المقلد فيحكم بقول مقلده المتفق عليه أو المشهور أو الراجح أو ما به العمل، ولا يعتبر من أحكام قضاة الوقت ما خالف ذلك وينقض كما قاله ابن عرفة والبرزلي وغير واحد، وأما الكيفية فقال: إنها تتوقف على أشياء كمعرفة ما هو حكم فلا يتعقب وما ليس بحكم فيتعقب ومعرفة ما يتوقف على حكم الحاكم وما لا، وما يدخله الحكم من أبواب الفقه وما لا، والفرق بين الثبوت والحكم اهـ. وفي عد ما ذكر

(فالمدعي من قوله مجرد من أصل أو عرف بصدق يشهد)

٢٠ـ فَالمُدَّعِي مَنْ قَوْلُهُ مُجَرَّدُ مِنْ أَصْلٍ أَوْ عُرْفٍ بِصِدْقٍ يَشْهَدُ

(**أو**) بمعنى الواو إذ لا بد من تجرد دعواه منهما معاً، فإن تجردت من أحدهما دون الآخر فهو مدعى عليه كما قال:

٢١ـ وَالمدَّعَى عَلَيهِ مَن قد عَضَدا مَقَالَة عُرف أو أصل شهدا

(**والمدعى عليه من قد عضدا**) أي قوي (**مقاله عرف**) أي سبب كحائز شيئاً مدة الحيازة في وجه القائم وادعى الشراء منه أو الهبة، فالحائز مدعى عليه لأنه تقوى جانبه بالحيازة، والقائم مدع وسيشير الناظم إلى هذا في الحوز بقوله: واليمين له إن ادعى الشراء منه بعمله، وكجزار ودباغ تداعيا جلداً تحت يدهما أو لا يد عليه، فالجزار مدعى عليه والدباغ مدع فإن كان تحت يد أحدهما فالحائز مدعى عليه، وكقاض وجندي تداعيا رمحاً تحت يدهما أو لا يد عليه فالجندي مدعى عليه والقاضي مدع، وكعطار وصباغ تداعيا مسكاً وصبغاً فالعطار مدع في الصبغ مدعى عليه في المسك والصباغ بالعكس، ومنه اختلاف الزوجين في متاع للبيت، فللمرأة المعتاد للنساء ما لم يزد على نقد صداقها وهي معروفة بالفقر كما يأتي للناظم في فصل اختلافهما فيه إن شاء الله، ومنه النكول ودعوى الشبه عند الاختلاف في الصداق أو البيع أو غيرهما ودعوى العامل في القراض أو المودع عنده الرد حيث قبضه بغير إشهاد، فقد علمت أن المدعى عليه في هذه الأمثلة هو من تقوى جانبه بسبب من حيازة أو شبه أو نكول صاحبه أو أمانة أو كون المتنازع فيه مما شأنه أن يكون له. والمدعي من تجرد قوله عن ذلك السبب (**أو أصل شهدا**) كاختلافهما في رد الوديعة أو القراض المقبوضين بإشهاد، لأن رب المال والوديعة لما دفعا بإشهاد انتفت أمانة القابض ولا سبب يعضد قوله غيرها، فهو مدع وهما مدعى عليهما، وإن كانا طالبين لأن الأصل عدم الرد، ومنه اختلاف اليتيم بعد بلوغه ورشده مع وصيه في الدفع، فإن اليتيم متمسك بالأصل الذي هو عدم الدفع فهو مدعى عليه، والوصي مدع لأنه غير أمين في الدفع عند التنازع لقوله تعالى: ﴿فأشهدوا عليهم﴾ [النساء:٦] وكاختلافهما في قضاء الدين أو في أصله أو في رقبة حائز نفسه يدعي الحرية لأن الأصل عدم القضاء وبراءة الذمة والحرية.

من الأركان تسامح والقاضي تقدم الكلام عليه وما يشترط فيه صحة وكمالاً والثلاثة الأخر في كلام الناظم:

(فالمدعي من قوله مجرد من أصل أو عرف بصدق يشهد)

أو بمعنى الواو إذ لا بد من التجرد من الأمرين، وحينئذ يكون مدعياً أما إذا تجرد من أحدهما فقط ووجد الآخر فهو مدعى عليه كما قال: (**والمدعى عليه من قد عضدا**) أي قوي (**مقاله عرف**) كاختلاف الزوجين في متاع البيت، فللمرأة المعتاد للنساء كالمرآة فإن العرف يشهد لها ويقوي قولها، فيكون الزوج فيها مدعياً وهي مدعى عليها فتأخذها بيمينها، والسلاح مثلاً إذا اختلفا فيه بالعكس وكدعوى الشبه في مسائل النزاع في البيع والقراض وغيرهما (**أو أصل**) كدعوى شخص ديناً قبل آخر فهو مدع، والآخر المنكر مدعى عليه لأن الأصل براءة الذمة وله (**شهدا**) وكمن ادعى ملكية شخص ليس في حوزه فأنكره، وادعى الحرية فإنها الأصل فصاحبها مدعى عليه.

٢٢ـ وَقِيلَ مَنْ يَقُولُ قَدْ كَانَ ادَّعا   وَلَمْ يَكُنْ لِمَنْ عَلَيْهِ يُدَّعَى

(وقيل): في تعريفهما أي المدعي والمدعى عليه.

(مـن يـقـول قـد كـان ادعـا   ولـم يـكـن لـمـن عـلـيـه يـدعـى)

وهو لابن المسيب رضي الله عنه قال: كل من قال قد كان فهو مدع وكل من قال لم يكن فهو مدعى عليه اهـ. قال الشارح: وليس بخلاف للرسم الأول، وإنما هو تعريف أخصر وتوضيح أوجز. ورد بدعوى المرأة على زوجها الحاضر أنه لم ينفق عليها، وقال هو أنفقت وبدعوى المرأة المسيس على زوجها في خلوة الاهتداء وادعى هو عدمه فهو مدعى عليه في الأولى لشهادة العرف له وهي مدعية وهما في الثانية على العكس وهذا التعريف يقتضي أنها في الأولى مدعى عليها لأنها تقول لم يكن وفي الثانية مدعية لأنها تقول قد كان. وقيل كل طالب فهو مدّعٍ وكل مطلوب فهو مدعى عليه. ورد أيضاً بما تقدم في ربا المال والوديعة مع الإشهاد، وباليتيم مع وصيه وبدعوى المرأة في خلوة الاهتداء فإن كلاً منهم طالب مع أنه مدعى عليه.

وأجيب: بأن الرد على التعريفين بما ذكر إنما يتم لو كان القائل بهما يسلم أن الطالب ومن يقول قد كان فيما ذكر مدعى عليه، وإلاّ فقد يقول: إنه مدّعٍ قام له شاهد من عرف أو أصل ولا يحتج على الإنسان بمذهب مثله، واختار هذا الجواب ابن رحّال.

والحاصل على ما يظهر من كلامهم وهو الذي يوجبه النظر أن المتداعيين إما أن يتمسك أحدهما بالعرف فقط كالاختلاف في متاع البيت ودعوى الشبه واختلاف القاضي والجندي في الرمح، والجزار والدباغ في الجلد ونحو ذلك مما لم يتعارض فيه العرف والأصل، وإما أن يتمسك بالأصل فقط كالاختلاف في أصل الدين وفي قضائه وفي دعوى الحائز نفسه الحرية، ودعوى رب المال والمودع عدم الرد مع دفعهما بإشهاد ودعوى اليتيم عدم القبض ونحو ذلك، فالمدعى عليه في هذين هو المتمسك بذلك العرف أو الأصل على الرسم الأول، والمطلوب هو من يقول لم يكن على التعريفين الأخيرين، وإما أن يتمسك أحدهما بالأصل والآخر بالعرف فيأتي الخلاف كدعوى الزوج على سيد الأمة أنه غره بتزويجها، فالأصل عدم الغرور، وبه قال سحنون. والغالب عدم رضا الحر بتزوج الأمة وبه قال أشهب وهو الراجح، وكمسألة اختلاف

(وقيل) في تعريف المدعي والمدعى عليه أيضاً:

(مـن يـقـول قـد كـان ادعـا   ولـم يـكـن لـمـن عـلـيـه يـدعـى)

وهو في المقدمات عن ابن المسيب قال: كل من قال قد كان فهو مدع وكل من قال لم يكن فهو مدعى عليه اهـ. ونقض هذا التعريف بدعوى المرأة على زوجها الحاضر أنه لم ينفق عليها. وقال هو أنفقت فهي مدعية وهو مدعى عليه لشهادة العرف،، والتعريف يقتضي العكس لأنها نافية وهو مثبت. وقيل في تعريف المتداعيين أيضاً: إن كل طالب فهو مدع وكل مطلوب فهو مدعى عليه، ونقض باليتيم يطلب ماله بعد البلوغ والرشد ويدعي الوصي أنه دفعه له، فالقول لليتيم لأن الأصل وهو بقاء المال تحت يد الوصي يشهد له فهو مدعى عليه مع أنه طالب والآخر مطلوب وينتقض التعريفان معاً في خلوة الاهتداء إذا ادعى الزوج عدم المسيس وادعته الزوجة وطلبت الصداق فإنها

المتراهنين في قدر الدين فإن الرهن شاهد عرفي والأصل براءة ذمة الراهن، وكمسألة الحيازة المتقدمة ودعوى عامل القراض والمودع الرد مع عدم الإشهاد لأن الغالب صدق الأمين، ودعوى المرأة المسيس وعدم الإنفاق ونحو ذلك، فالمدعى عليه في مثل هذا على الرسم الأول هو المتمسك بالعرف لأن قول الناظم أو عرف أعم من كونه عارضه أصل أم لا. وعلى الرسمين الأخيرين هو المطلوب، ومن يقول: لم يكن، لكن لما ترجح جانب المدعي فيها بشهادة العرف لأنه أقوى صار المدعي مدعى عليه، ويدل لهذا قول ابن رشد ما نصه: المعنى الذي من أجله وجب على المدعي إقامة البينة تجرد دعواه من سبب يدل على صدقه فيما يدعيه، فإن كان له سبب يدل على صدقه أقوى من سبب المدعى عليه كالشاهد الواحد أو الرهن أو ما أشبه ذلك من إرخاء الستر وجب أن يبدأ باليمين دون المدعى عليه اهـ. ونقله القلشاني وغيره فتأمل كيف سماه مدعياً وجعل الرهن وإرخاء الستر والشاهد الحقيقي سبباً لصيرورته مدعى عليه، لكونه في ذلك أقوى من سبب خصمه المتمسك بالأصل، وقد اختلف هل العرف كشاهد أو كشاهدين؟ البرزلي: القاعدة إحلاف من شهد له العرف فيكون بمثابة الشاهد، وقيل: هو كالشاهدين اهـ. وقد درج (خ) في مواضع على أنه كالشاهد منها قوله في الرهن وهو كالشاهد في قدر الدين، وقد عقد في التبصرة باباً في رجحان قول المدعي بالعوائد. وقال القرافي: أجمعوا على اعتبار الغالب وإلغاء الأصل في البينة إذا شهدت فإن الغالب صدقها والأصل براءة ذمة المشهود عليه اهـ.

فهذا كله يوضح لك الجواب المتقدم عما ورد على التعريفين، ويدلك على عدم الفرق بين التعاريف الثلاثة لأن المدعي قد ينقلب مدعى عليه لقيام سبب أقوى من سبب خصمه كان ذلك السبب حقيقياً أو عرفياً إلا أن العرفي لا يقوى عندهم قوة الحقيقي، فليست اليمين معه تكملة للنصاب حتى يؤدي ذلك لنفي يمين الإنكار بدليل أنه إذا انضم إليه شاهد حقيقي لا يثبت الحق بدون اليمين كما نقله بعضهم عن المتيطي عند قول (خ) وهو كالشاهد الخ. فاعتراض (ت) على الجواب السابق بكونه يؤدي لنفي يمين الإنكار الخ. ساقط، وقد علم مما مر أن الشبه والغالب والعرف والعادة كلها بمعنى، وأنه إذا تعارض الأصل والغالب فيقدم الغالب لقوله تعالى: ﴿وأمر بالعرف﴾ [الأعراف:١٩٩] فكل شيء كذبه العرف وجب أن لا يعمل به إلا في مسألة دعوى الدين إذا كان مدعيه أتقى الناس وأعلاهم في العلم والدين، فإن الغالب صدقه والأصل براءة الذمة

مدعى عليها لشهادة العرف لها، والتعريفان يقتضيان أن تكون مدعية لأنها طالبة وتقول: قد كان فلا يصح إلا الأول ولا يصح الجواب بأن هذا إذا قلنا: إن من شهد له أصل أو عرف مدعى عليه، وأما إذا قلنا: إنه مدع قام له شاهد، فلا فرق بين العبارات الثلاث لأن هذا القول غير معروف. وقد أخبرنا شيخنا أبو البقاء رحمه الله بأنه بحث عنه فلم يجده ولأنه يؤدي إلى في يمين الإنكار إذ اليمين حينئذ لتكملة النصاب، ولأنه يقتضي أن من شهد له الأصل أو العرف إذا قام له شاهد استحق الشيء بغير يمين، ولأن العبارة الأولى لا تصدق في دعوى المرأة المسيس في خلوة الاهتداء، لأن جعل العرف بمنزلة شاهد لا ينفي أنه عضد مقالها عرف فلا يصدق عليها تعريف المدعي والله أعلم.

فيقدم الأصل على الغالب في هذه عند المالكية، وقدم الشافعية الأصل في جميع صور التعارض.

تنبيهات. الأول: إذا تمسك كل منهما بالعرف كما إذا أشبها معاً فيما يرجع فيه للشبه كتنازع جزار مع جزار في جلد ونحو ذلك، فيحلفان ويقسم بينهما حيث لم يكن بيد أحدهما، وإن تمسك كل منهما بالأصل كدعوى المكتري للرحى أو الدار أنها تهدمت أو انقطع الماء عنها ثلاثة أشهر. وقال المكتري: شهران فقط فقيل المكتري هو المدعى عليه لأن الأصل براءة ذمته من الغرامة فيستصحب ذلك، والمكري مدع، وقيل بالعكس لأن عقد الكراء أوجب ديناً في ذمة المكتري، وهو يدعي إسقاط بعضه فلا يصدق، وكما لو قبض شخص من رجل دنانير، فلما طلبه بها الدافع زعم أنه قبضها من مثلها المرتب له في ذمته، فإن اعتبرنا كون الدافع بريء الذمة من سلف هذا القابض كان الدافع مدعى عليه وهو الراجح كما لابن رشد وأبي الحسن وغيرهما، وإن اعتبرنا حال القابض وأن الأصل فيه أيضاً براءة الذمة فلا يؤاخذ بأكثر مما أقر به جعلناه هو المدعى عليه. فافهم فبهذه الوجوه صعب علم القضاء ودق.

الثاني: من معنى ما مر إذا علق الزوج طلاق زوجته أو خيرها على عدم حضوره معها بمجلس الشرع يوم كذا، ووقعت في حدود الأربعين بعد المائتين والألف فقامت المرأة بعد مضي اليوم وأرادت أن تشهد بأنها اختارت فراقه، فامتنع العدول من أن يشهدوا عليها إلا بمشورة القاضي فشاورته فمنعها القاضي من ذلك حتى تثبت عدم حضوره في اليوم المعلق عليه، وهذا من أفظع الجهل من العدول ومن القاضي، إذ حضوره في اليوم المذكور محتمل، والأصل عدمه فهي مدعى عليها وهو مدع، وكثيراً ما كان يصدر مثل هذا من هذا القاضي فكان يمنع الأوصياء من بيع مال الأيتام حتى يثبتوا أنهم لا مال لهم ظاهراً ولا باطناً، ولا يكتفي بمحاسبتهم على زمام التركة، وإذا بيع عليهم صفقة منع أوصياءهم من الإمضاء حتى يثبتوا ما ذكر، وهكذا كل ما الأصل عدمه وما دري أن إثباتهما ما ذكر لا يفيد شيئاً لأن الشهادة في ذلك لا تكون إلا على نفي العلم، فإذا طلقت نفسها أو باع الوصي بعد الإثبات المذكور ثم أثبت الزوج الحضور أو اليتيم الوفر وقت البيع لقدمت بيناتهما على بينة الزوجة والوصي لأنها على القطع مثبتة، والأخرى على العلم نافية فلم يكن لتكليفهما بها فائدة. وقد نص ابن القاسم على أنه إذا علق أمرها بيدها على عدم بعثه لها بالنفقة يوم كذا فرفعت أمرها للحاكم، وزعمت أنه لم يبعث لها شيئاً وطلقت نفسها، فإن قدم وأثبت البعث فهو أحق بها، وإن كانت تزوجت فكذا (ت) الوليين.

الثالث: قال القرافي: خولفت قاعدة الدعاوى في خمس: في لعان الزوج في الحمل والولد فقبل قوله: لأن العادة أن ينفي الزوج عن زوجه الفواحش فحيث رماها بها مع إيمانه قدمه الشرع، وفي القسامة فقبل فيها قول القتيل لترجيحه باللوث، وفي دعوى الأمناء التلف فقيل قولهم لئلا يزهد الناس في قبول الأمانات فتفوت مصالحها والأمين قد يكون من جهة مستحق الأمانة، وقد يكون من جهة الشرع كالوصي والملتقط، ومن ألقت الريح ثوباً في بيته. وفي التعديل والتجريح قيل فيهما قول الحاكم لئلا تفوت المصالح المرتبة على الولاية، وفي دعوى الغاصب التلف قبل قوله: لئلا يخلد في السجن اهـ الخ. فتأمل قوله في اللعان والقسامة والأمانة، فإن الظاهر أن ذلك مما قدم فيه الغالب على الأصل كما مرّ فلم تكن فيه مخالفة،

وبعضهم يعبر عن الأمين بأن الغالب صدقه أي في الرد والتلف، وبعد أن ذكرها المكناسي في مجالسه قال: ومنها اللصوص إذا قدموا بمتاع وادعى شخص أنه له وأنهم نزعوه منه فيقبل قوله مع يمينه ويأخذه، ومنها السمسار إذا ادعى عليه أنه غيب ما أعطى له للبيع وكان معلوماً بالعداء وبإنكار الناس فيصدق المدعي بيمينه ويغرم السمسار. ومنها السارق إذا سرق متاع رجل وانتهب ماله وأراد قتله وقال المسروق: أنا أعرفه فيصدق المسروق بيمينه. وهذه المسائل التي زادها لا تحملها الأصول كما لأبي الحسن. وقال القرافي في الفرق بين ما يقدم فيه النادر على الغالب ما نصه: أخذ السراق المتهومين بالتهم وقرائن أحوالهم كما يفعله الأمراء اليوم دون الإقرار الصحيح والبينات المعتبرة الغالب مصادفته للصواب والنادر خطؤه، ومع ذلك ألغى الشارع هذا الغالب صوناً للأعراض والأطراف عن القطع اهـ. ففهم منه أنه إنما ألغى الشارع هذا الغالب بالنسبة للأعراض والأطراف لا بالنسبة للغرامة فإنه يغرم فيوافق ما للمكناسي ولهذا درج ناظم العمل على ذلك حيث قال:

لوالد القتيل مع يمين القول في الدعوى بلا تبيين
إذا ادعى دراهماً وأنكرا القاتلون ما ادعاه وطرا

فلا مفهوم لقوله: القتيل بل المدار على كون المدعى عليه معروفاً بالغصب والعداء انظر شرحه، وانظر ما يأتي في الغصب ولا بد.

٢٣ـ وَالمُدَّعَى فِيهِ لَهُ شَرْطَانِ تَحَقُّقُ الدَّعْوَى مَعَ البَيَانِ

(والمدعى فيه له شرطان) أحدهما: **(تحقق الدعوى)** به أي جزمها وقطعها بأن يقول: لي عليه كذا احترازاً من نحو أشك أو أظن أن لي عليه كذا فإنها لا تسمع القرافي: وفيه نظر لأن من وجد وثيقة في تركة مورثه أو أخبره عدل بحق له فلا يفيده ذلك إلا الظن، ومع ذلك يجوز له الدعوى به، وإن صرح بالظن كما لو شهدوا بالاستفاضة والسماع والفلس وحصر الورثة، وصرح بالظن الذي هو مستنده في الشهادة، فلا يكون قادحاً، فكذلك ههنا لأن ما جاز الإقدام معه لا يكون النطق به قادحاً. وأجاب بعضهم بأن الظن ههنا لقوته نزل منزلة القطع، وقد جاز له الحلف معه (خ) واعتمد البات على ظن قوي كخطه أو خط أبيه الخ. ثم عدم سماعها في الظن الذي لا يفيد القطع مبني على القول بأن يمين التهمة لا تتوجه. أبو الحسن: والمشهور توجهها. ابن فرحون: يريد بعد إثبات كون المدعى عليه ممن تلحقه التهمة اهـ. وعليه فتسمع فيمن ثبتت تهمته وإلاَّ فلا (خ) واستحق به بيمين إن حقق ويمين تهمة بمجرد النكول الخ وسيقول الناظم: وتهمة إن قويت بها تجب يمين متهوم الخ.

قلت: ولقائل أن يقول: إن الدعوى تسمع ههنا، ولو قلنا بعدم توجه يمين التهمة فيؤمر

(والمدعى فيه له شرطان) أحدهما **(تحقق الدعوى)** أي تحقيقها بأن يقول لي عليه كذا، واحترز به من أشك أو أظن أن لي عليه كذا، وهذا على أن يمين التهمة لا تتوجه، وثالثها إن كانت على متهم، ورابعها إن قويت وعليه مر المصنف إذ قال:

وتهمة إن قويت بها تجب يمين متهوم وليس تنقلب

بالجواب لعله يقر فتأمله، فلو قال: أظن أن لي عليه ألفاً فقال الآخر: أظن أني قضيته لم يقض عليه بشيء لتعذر القضاء بالمجهول إذ كل منهما شاك في وجوب الحق له أو عليه، فليس القضاء بقول المدعي بأولى من القضاء بقول الآخر، فلو قال المطلوب: نعم كان له الألف علي، وأظن أن قضيته لزمه الألف قطعاً وعليه البينة أنه قضاه، وثانيهما قوله: **(مع البيان)** أي مع بيانه فأل عوض عن الضمير إما ببيان عينه كهذا الثوب أو الفرس أو الدراهم أو بيان صفته. كلي في ذمته ثوب أو فرس صفتهما كذا أو دراهم يزيدية أو محمدية، أو سبني أو شتمني أو قذفني بلفظ كذا، إذ ليس كل سب وشتم يوجب الحد، وأما ببيان سبب المدعى فيه المعين أو سبب ما في ذمة المعين، فالأول كدعوى المرأة الطلاق أو الردة لتحرز نفسها لأنها معين، والثاني كدعوى المرأة المسيس أو القتل خطأ ليترتب الصداق أو الدية في ذمة الزوج أو العاقلة المعينة بالنوع، فبيان سبب المدعى فيه في هذين المثالين ونحوهما بيان شرعاً للمدعى فيه، فهما راجعان في المعنى للقسم الأول لأن المدعية تقول فيهما أحرزت نفسي لأنك طلقتني ولي عليك صداق أو دية لأنك مسستني أو قتلت وليي، وكذا لو قالت: بعت لك داري أو وأجرتها منك فادفع لي ثمنها أو أجرتها فهو راجع لما ذكر، فكان هذا القسم لا يحتاج المدعي فيه لبيان السبب لأنه مذكور بخلاف القسم الأول فلا بد من بيانه كأن يقول من تعد أو بيع (خ) وكفى بعت وتزوجت، وحمل على الصحيح وإلا فليسأله الحاكم عن السبب، ثم قال: وللمدعى عليه السؤال عن السبب. قال الحطاب: وليس بيان السبب من تمام صحة الدعوى بدليل قوله ولمدعى عليه الخ. واعترضه طفي قائلاً: بل هو من تمام صحة الدعوى مع عدم ادعاء النسيان، واحتج بكلام المجموعة وابن عرفة فانظره فيه، واعتراض الشيخ بذلك عليه بأنه لو كان شرطاً لبطلت الدعوى مع عدم ادعاء النسيان ساقط لما علمت من أن هذا إنما هو شرط صحة إذا لم يدع النسيان كما أن الدعوى بالمجهول ساقطة مع القدرة على التفسير عند المازري وغيره كما يأتي، فالتحقق في كلام الناظم راجع للتصديق، والبيان راجع للتصور أي لا بد أن يكون المدعى فيه متصوراً في ذهن المدعي والمدعى عليه والقاضي فلا يغني أحدهم عن الآخر. وخرج بهذا الشرط الدعوى بمجهول العين أو الصفة كلي عليه شيء لا يدري جنسه ونوعه أو أرض لا يدري حدودها أو ثوب لا يدري صفته أو دراهم لا يدري صفتها ولا قدرها ونحو ذلك، فلا تسمع لأن المطلوب لو أقر وقال: نعم له علي ما يدعيه أو أنكر وقامت البينة بذلك لم يحكم عليه بهذا الإقرار، ولا بتلك الشهادة، إذ الكل مجهول والحكم به متعذر فليس الحكم بالمروي بأولى من المروي مثلاً، ولا باليزيدية بأولى

(مع البيان) أي للمدعى فيه من ثوب أو فرس أو عدد من دراهم أو غيرها، واحترز به من لي عليك شيء فلا تسمع الدعوى به. وقال المازري: تسمع البساطي وهو الصواب لقولهم يلزم الإقرار بشيء ويرمز بالتفسير ويسجن له فالبيان في كلام المصنف راجع للعلم والتصور أي: لا بد أن يكون الشيء المدعى متصوراً في ذهن المدعي والمدعى عليه، والقاضي والتحقيق راجع للتصديق فلا يغني أحدهما عن الآخر كما لابن عبد السلام في كلام ابن الحاجب، ولا بد أيضاً من بيان السبب الذي ترتب من أجله الحق بأن يقول: من بيع مثلاً لاحتمال أن يكون من قمار فلا يلزم المطلوب، فإن لم

من المحمدية، إذ من شرط صحة الحكم تعيين المحكوم به ولا تعيين ههنا. وهكذا نقله غير واحد.

قلت: وهو ظاهر على أحد القولين الآتيين في قوله: ومن لطالب الخ. وقال المازري: تسمع الدعوى بالمجهول البساطي وهو الصواب لقولهم يلزم الإقرار بالمجهول ويؤمر بتفسيره، فكذلك هذا يؤمر بالجواب لعله يقر فيؤمر بالتفسير ويسجن له، فإن ادعى المقر الجهل أيضاً فانظر ما يأتي عند قوله: ومن لطالب بحق شهدا. الخ وانظر شرحنا للشامل أول باب الصلح قال الحطاب: مسائل المدونة صريحة في صحة الدعوى بالمجهول. المازري: وليس منه الدعوى على سمسار دفع إليه ثوباً ليبيعه بدينارين وقيمته دينار ونصف لأن الدعوى هنا تعلقت بأمر معلوم في الأصل ولا يضره كونه لا يدري ما يجب له يعني السمسار هل الثمن الذي سماه إن باع أو قيمته إن استهلكه أو غيبه إن لم يبع اهـ الخ. قلت: الدعوى هنا إنما هي في الثوب وهو معين فهو يطالبه برده، لكن إن استهلك أو باع فيرد الثمن أو القيمة لقيامها مقامه تأمل. وإلى ما مر أشار خليل بقوله: فيدعي بمعلوم محقق قال: وكذا شيء وإلا لم تسمع كأظن الخ. وقال في الإقرار: وقبل تفسيره كشيء وكذا وسجن له الخ ومحل الخلاف إذا كان المدعي لا يدري جنسه ولا قدره، وإلا فإن علم وأبى ذكره لم تسمع اتفاقاً، ومحله أيضاً إذا لم يكن الشيء الذي يدعيه من فضلة حساب كان بينهما ببينة. وقالت: لا نعرف قدرها وإلا فتسمع بلا خلاف كما يقتضيه كلام ابن فرحون، وانظر ما يأتي عند قول الناظم:

يذكره المدعي فللمدعى عليه السؤال عنه، فإن غفل أو جهل سأله الحاكم فإن قال: نسيته ففي (خ) ولمدعى عليه السؤال عن السبب وقبل نسيانه بلا يمين، وعليه اقتصر ابن سلمون. وقال الباجي: بيمين لأنه قد يذكر ما يجد المطلوب منه مخرجاً، وعليه اقتصر الشارح، ويمكن أن يحمل قول الناظم تحقق الدعوى على ما يشمل شرطي القطع وتعين المدعى فيه، وقوله: مع البيان على بيان السبب فقط، والأول أظهر وما جعله الناظم شرطاً في المدعى فيه جعله ابن فرحون كغير واحد شرطا الدعوى أي في صحتها وزادوا ثلاثة أخر وهي أن تكون الدعوى بحيث لو أقرّ بها المطلوب لزمه احترازاً من السفيه يدعى عليه ببيع أو نحوه، ومن دعوى الهبة على القول الشاذ وهو أنها لا تلزم بالقول، وأن يتعلق به غرض صحيح احترازاً من الدعوى بعشر سمسمة وأن لا يكذبها العرف أو العادة احترازاً من مسألة الحيازة كأن يدعي شخص على آخر في أصل حازه يتصرف فيه بالهدم والبناء عشر سنين والمحوز عليه حاضر ساكت بلا مانع، ثم قام بعد يدعي فيه، فهذا لا تسمع دعواه سماعاً يوجب قبول بينته وإلاّ فلا بد أن يؤمر المدعى عليه بالجواب فيقر فيؤدي ما أقرّ به أو ينكر فيحلف على ما صرح به ابن رشد وهو الراجح، وقيل: لا يمين عليه وهو ظاهر، نقل ابن يونس. قال الحطاب: فليس معنى هذا الشرط أنه لا تسمع الدعوى ولا يؤمر المطلوب بجواب كما في الشروط قبله فافهم، ثم هذه شروط الدعوى، وأما الدعوى نفسها فقال القرافي: هي طلب معين كهذا الثوب أو ما في ذمة معين كالدين والسلم أو ادعاء ما يترتب عليه أحدهما أي ما يترتب عليه المعين كدعوى المرأة على زوجها الطلاق أو الردة لتحرر نفسها، وهي معين، أو ما يترتب عليه ما في ذمة معين كدعوى المسيس أو القتل ليترتب الصداق أو الدية في ذمة العاقلة المعينة بالنوع.

ومـن لـطـالـب بـحـق شـهـدا ولـم يـحـقـق عـنـد ذاك الـعـددا

ثم ما قررنا به كلام الناظم من أنه حذف متعلق الدعوى، وأن أل في قوله: البيان عوض عن الضمير هو الذي ظهر لنا من كلام القرافي وغيره، وبه يندفع ما قيل إن ما ذكره شرط في الدعوى لا في المدعى فيه إذ لا يخفى أن الدعوى والمدعى فيه متلازمان فما كان شرطاً في أحدهما فهو شرط في الآخر، وما كان تقسيماً لأحدهما فهو تقسيم للآخر، فينتفي حينئذ التداخل في الأقسام التي عند (ت) وغيره والله أعلم. وبقي على الناظم شروط أخر كون المدعى فيه ذا غرض صحيح احترازاً من الدعوى بقمحة أو شعيرة ونحو ذلك، ولذا لا يمكن المستأجر للبناء ونحوه من قلع ما لا قيمة له وكونه مما لو أقر به المطلوب لقضى عليه به احترازاً من الدعوى بأنه قال: داري صدقة بيمين مطلقاً أو بغيرها ولم يعين الخ. ومن الدعوى عليه بالوصية للمساكين، ومما يؤمر فيه بالطلاق من غير قضاء كقوله: إن كنت تحبيني أو تبغضيني، ومن الدعوى على المحجور ببيع ونحوه من المعاملات فلا يلزمه، ولو ثبت بالبينة بخلاف ما إذا ثبت عليه الاستهلاك والغصب ونحوهما (خ): وضمن ما أفسد إن لم يؤمن عليه، والظاهر أن هذا الشرط يغني عن الذي قبله ولا يحترز به من دعوى الهبة والوعد لأنه يؤمر بالجواب فيهما. ولو على القول بعدم لزومها بالقول لاحتمال أن يقر ولا يرجع عن الهبة ولا يخلف وعده، وكون العادة لا تكذب الدعوى به احتراز من الدعوى بالغصب والفساد على رجل صالح (خ) وأدب مميز كمدعيه على صالح، ومن مسألة الحيازة المعتبرة فإن الدعوى لا تسمع فيها وقيل تسمع ويؤمر المطلوب بجوابها لعله يقر أو ينكر فيحلف قاله (ح) وهو المعتمد كما يأتي في فصل الحوز.

تنبيهان. الأول: علم مما مر أن هذه الشروط كلها مبحوث فيها ما عدا الشرط الرابع، وظاهره أن المحجور لا تسمع الدعوى عليه في المعاملات، ولو نصبه وليه لمعاملات الناس بمال دفعه إليه للتجارة ليختبره، وهو كذلك إذ الدين اللاحق له لا يلزمه لا فيما دفع إليه ولا فيما بقي ولا في ذمته لأنه لم يخرج بذلك من الولاية قاله في المدونة، وقيل: يلزمه ذلك في المال المدفوع إليه خاصة، وهذا إذا لم يضمن به ماله، وإلاَّ فيضمن في المال المصون وهو محمول على عدم التصوين وانظر ما يأتي عند قوله:

وجـاز لـلـوصـي فـيـمـن حـجـرا أعـطـاه بـعـض مـالـه مـخـتـبـرا

الثاني: تقدم أن بيان السبب من تمام صحة الدعوى لإمكان أن يكون سبب ما يدعيه فاسداً ككونه ثمن خمر أو ربا ونحو ذلك، ولذا قال ابن حارث: إذا لم يسأله القاضي عنه كان كالخابط خبط عشواء قال: فإن سأله الحاكم أو المدعى عليه عنه وامتنع من بيانه لم يكلف المطلوب بالجواب، فإن ادعى نسيانه قبل بغير يمين. قلت: وينبني على بيانه أن المطلوب إذا قال في جوابه: لا حق لك علي لا يكتفي منه بذلك بل حتى ينفي السبب الذي بينه المدعي كما يأتي عند قوله: ومن أبى إقراراً أو إنكاراً. الخ. . . وإذا ميزت المدعي والمدعى عليه بما مرّ.

٢٤ـ وَالـمُـدَّعِـي مُـطَـالَـبٌ بِـالـبَـيِّـنَـهْ وَحَـالَـةُ الـعُـمُـومِ فِـيـهِ بَـيِّـنَـهْ

(**والمدعي مطالب بالبينة**). إذا أنكر المطلوب لقوله ﷺ: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر». وهكذا ذكر ابن رشد وغيره هذا الحديث. وذكره ابن عبد البر عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله ﷺ: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر». وأنكر ذلك ابن سهل وقال: إنما الحديث: «شاهداك أو يمينه». والبينة: تشمل الشاهدين والأربعة، والشاهد مع اليمين والمرأتين كما يأتي إن شاء الله. (**وحالة العموم فيه**) أي في المدعي من كونه صالحاً أو طالحاً ادعى على صالح أو طالح (**بينة**) لقول القرافي وغيره: أجمعت الأمة على أن الصالح التقي مثل أبي بكر وعمر رضي الله عنهما لو ادعى على أفسق الناس درهماً واحداً لا يصدق فيه وعليه البينة، فهذا مما قدم فيه الأصل على الغالب لأن الغالب أن الصالح التقي لا يدعي إلاّ حقاً. وبهذا الإجماع احتج الشافعية علينا في تقديم الغالب على الأصل في دعوى المرأة المسيس وعدم الإنفاق ونحوهما مما شهد العرف فيه للمدعي كما مرَّ فقول (ت) يستثنى من العموم المذكور مسألتا التدمية والمحتملة غصباً إذا ادعت الوطء فيقبل فيهما قول المدعي بغير بينة الخ. فيه نظر لأن المدعي فيهما لترجيح جانبه بالعرف صار مدعى عليه فهما كمسألتي المسيس وعدم الإنفاق ونحوهما داخلان في قول الناظم من قد عضدا. مقاله عرف الخ.

٢٥- وَالـمُـدَّعَـى عَـلَـيْـهِ بِـالـيَـمِـيـنِ فِـي عَـجْـزِ مُـدَّعٍ عَـنِ الـتَّـبْـيِـيـنِ

(**والمدعى عليه**) مبتدأ (**باليمين**) يتعلق بخاص خبره أي مطالبٌ باليمين وحذفه لدلالة ما تقدم عليه، ولا يصح عطفه على المدعي وباليمين على البينة لئلا يؤدي إلى العطف على معمولي عاملين مختلفين وهو لا يجوز وإنما يطالب باليمين (**في**) حال (**عجز مدع عن التبيين**) أي عن البينة وفي حال كون الدعوى في المال أو ما يؤول إليه وإلاّ فكل دعوى لا تثبت إلا بعدلين فلا يمين بمجردها كنكاح وعتق ونحوهما وشمل كلامه ما إذا طلب الطالب يمين المطلوب لعجزه

(**والمدعي مطالب بالبينة**) لقوله ﷺ: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» وإنما يطالب بالبينة إذا أنكر المطلوب، وإلاّ أقر الخصم وارتفع النزاع والبينة تشمل الشاهدين والأربعة والشاهد مع اليمين والمرأتين على اختلاف المدعى فيه. (**وحالة العموم فيه**) أي في المدعي من كون صالحاً أو طالحاً (**بينة**) لا بد من بينة كيف ما كان. قال ابن ناجي: ينبغي أن يستثنى من كلام أهل المذهب مسألتان فإن المدعي يقبل قوله فيهما من غير بينة إحداهما. مسألة التدمية عند مالك والليث، والثانية المحتملة غصباً إذا ادعت الوطء فلها الصداق (**والمدعى عليه**) مطالب (**باليمين**) فهو مبتدأ. وباليمين خبره متعلق بخاص وليس عطفاً على المدعي وباليمين على بالبينة لئلا يلزم العطف على معمولي عاملين مختلفين، وظاهره أن اليمين تجب ولو لم تكن خلطة وهو قول ابن نافع وابن عبد الحكم، وأخذ به ابن لبابة وبه العمل بالأندلس وغيرها، وفي سماع أصبغ أن مذهب مالك وأصحابه الحكم بالخلطة. وثالثها: إن طلبها المدعى عليه. ورابعها وهو ما قال ابن الهندي أن بعضهم كان يتوسط إن ادعى الرجل على غير شكله، ومنه دعوى الرجل على المرأة فهي واجبة وإلاّ فلا. ثم لا بد من تقييد اليمين بما إذا كانت الدعوى في المال أو ما يؤول إليه وإلاّ فكل دعوى لا تثبت إلا بعدلين فلا يمين بمجردها كما هو مقيد بقوله: (**في عجز مدع عن التبيين**) أي إثبات الحق ببينة أو بشاهد وإلاّ قضى له ولا تنفع المدعى عليه اليمين، وإذا كان المدعي في بلد كجيان أو تطوان مثلاً. والمدعى عليه في

عن البينة، فادعى عليه المطلوب أنه كان حلفه على تلك الدعوى، فإن الطالب لا يتوصل ليمين المطلوب حتى يحلف أنه ما حلفه (خ) وله يمينه أنه لم يحلفه أولاً اهـ. وقال في اللامية:

لمن يزعم الأحلاف إحلاف خصمه على نفي أحلاف له قد تقبلا

وقول ناظم العمل:

ولا يمين حيث قال احلف لي إنك ما حلفتني من قبلي

لا يعول عليه وإن اختاره ابن رحال وما عللوه به من أن تمكينه من تحليفه فيه ضرر عظيم ويلزم عليه مقابلة يمين بيمين كله لا ينهض حجة لأنهم حافظوا على حق الطالب، وأخلوا بحق المطلوب. وقد تكون دعواه صحيحة ففيه ترجيح دعوى أحد الخصمين بلا مرجح، ومقابلة اليمين باليمين تنتفي بقلب اليمين على المطلوب والله أعلم. وهذا كله إذا قال: إنك حلفتني، وأما إن قال له: إنك أسقطت عني اليمين وأبرأتني منها فاحلف لي ما أسقطتها عني، فإن الطالب لا تجب عليه يمين لرد هذه الدعوى كما في الدر النثير ونوازل الدعاوى من المعيار، وأشعر قول الناظم مطالب باليمين الخ، أنه لو حلف قبل أن يطلبها الخصم منه لم تجزه ولو بأمر القاضي وهو كذلك كما في التبصرة وقال في اللامية:

وذو حلف من غير إحلاف خصمه وغير رضا لم يستفد شيئاً أملا

وأحرى في عدم الإجزاء إن حلف بغير حضور خصمه، وظاهر النظم أن اليمين تجب عليه في عجز المدعي عن البينة، ولو لم تكن خلطة، وهو قول ابن نافع وابن عبد الحكم من المالكية، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وغيرهما وبه العمل الآن قال ناظمه:

ودون خلطة توجه اليمين على الذي عليه إلا دعا يبين

وظاهر هذا العمل عدم التفريق بين ذوي العلا والمروءة وغيرهم، وفرق بعضهم بين الدعوى على الرجل المنقبض عن مداخلة الناس ومخالطتهم، والمرأة المستورة المحتجبة فلا تجب عليهما اليمين بالدعوى إلا بعد ثبوت الخلطة ابن عبد البر: وهو المعمول به، وإليه أشار الزرقاني في لاميته بقوله:

لكن ببلدة يوسف يخص بها ذات الحجاب وذو العلا الخ

ونحوه لابن هلال عن ابن رشد، واختاره ابن رحال وهو الذي ينبغي اعتماده، إذ كثير من الناس يتجرأ على ذوي الفضل والدين ويريد إهانتهم بالأيمان في الدعاوى الباطلة، وقد شاهدنا من ذلك في هذا الزمان ما الله أعلم به. ثم العمل بترك الخلطة إنما هو في الدعاوى بالمال من معاملة ونحوها لا في الدعاوى التي يشترط في توجه اليمين بها الظنة والتهمة كالغصب والتعدي والسرقة ونحوها، فلم يجر عمل بتوجهها بدون ثبوت التهمة كما مرّ عن ابن فرحون ونحوه في (ح) والرعيني بل تقدم أنه إذا ادعى بذلك على صالح لم تسمع دعواه ويؤدب ويأتي للناظم: وتهمة إن قويت الخ. فانظر هناك، والمراد بثبوتها أن يكون ممن قد أشير إليه بالغصب ونحوه سواء ثبت أو لم يثبت، ولكن علم أنه قد ادعي بها عليه كما في ابن سهل، وفهم من قول الناظم في عجز مدع الخ أن المدعي إذ لم يعجز وأقام البينة على دعواه يقضي له بحقه من غير يمين تلزمه مع كمال بينته وهو كذلك ما لم يدع عليه المطلوب القضاء، أو أنه عالم بفسق

شهوده، وإلاَّ فتجب (خ): وكذا أنه عالم بفسق شهوده أي حقق عليه الدعوى بأنه عالم بعلمه بفسق شهوده فتتوجه عليه اليمين.

(فرع): من وجبت عليه يمين فتغيب طالبها فإن القاضي يوكل من يتقاضاها له بعد ثبوت مغيبه، ويشهد بذلك قاله ابن عات في طرره ويأتي نحوه عند قول الناظم: ومن ألد في الخصام وانتهج. الخ. فإن سأل الطالب تأخيرها وسأل المطلوب تعجيلها أو بالعكس، فالقول لطالب تعجيلها، وإذا كانت الدعوى على امرأة وطلب الخصم أن تحلف بمحضره فإن كانت من ذوي القدر والشرف فيبعث الحاكم من يحلفها ويقضي عليه بأن يقف حيث يسمع يمينها ولا يرى شخصها.

(فائدة): رأيت أن تذكر رسالة أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه المعروفة برسالة القضاء. ابن سهل: هذه الرسالة أصل فيما تضمنته من فصول القضاء ومعاني الأحكام قال في ضيح: فينبغي حفظها والاعتناء بها. وهي: **(بسم الله الرّحمٰن الرّحيم)**، من عمر بن الخطاب أمير المؤمنين إلى أبي موسى الأشعري سلام عليك.

أما بعد: فإن القضاء فريضة محكمة وسنّة متبعة فافهم إذا أدلي إليك وأنفذ إذا تبين لك فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له وهو بين الناس في وجهك وعدلك ومجلسك حتى لا يطمع شريف في حيفك، ولا ييأس ضعيف من عدلك، البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، والصلح جائز بين المسلمين إلاَّ صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً، ولا يمنعك قضاء قضيته بالأمس ثم راجعت فيه نفسك وهديت فيه لرشدك أن ترجع إلى الحق، ومراجعته خير من الباطل والتمادي فيه. الفهم الفهم فيما تلجلج في صدرك مما لم يبلغك في الكتاب والسنة أعرف الأمثال والأشباه، وقس الأمور عند ذلك، واعمد إلى أقربها إلى الله تعالى، وأشبهها بالحق فيما ترى، واجعل لمن ادعى حقاً غائباً أو بينة أمداً ينتهي إليه فإن أحضر بينة أخذت له بحقه وإلاَّ أوجبت له القضاء فإن ذلك أنفى للشك وأبلغ للعذر. الناس عدول بعضهم على بعض إلا مجلوداً في حد أو مجرباً عليه شهادة زور أو ظنيناً في ولاء أو نسب، فإن الله تعالى تولى منكم السرائر ودرأ عنكم بالبينات والأيمان وإياك والقلق والضجر والتأذي بالناس والتنكير عند الخصومات فإن الحق في مواطن الحق يعظم به الأجر ويحسن عليه الذخر، فإن من يصلح ما بينه وبين الله تعالى وهو على نفسه يكفه الله ما بينه وبين الناس ومن تزين للناس بما يعلم الله منه غيره شانه الله، فما ظنك بثواب الله في عاجل رزقه وخزائن رحمته والسلام ابن سهل.

وقوله في هذه الرسالة: المسلمون عدول بعضهم على بعض الخ. رجع عنه بما رواه مالك في الموطأ قال ربيعة: قدم رجل من أهل العراق على عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال: قد جئتك على أمر لا رأس له ولا ذنب، فقال عمر: ما هو؟ فقال: شهادة الزور ظهرت بأرضنا. فقال عمر: والله لا يؤسر رجل في الإسلام بغير عدول، وهذا يدل على رجوعه عما في هذه الرسالة. وأخذ الحسن والليث بن سعيد من التابعين بما في هذه الرسالة من أمور الشهود والأكثر على خلافه لقوله تعالى: ﴿وأشهدوا ذوي عدل منكم﴾ [الطلاق:٢] ﴿ممن ترضون من الشهداء﴾ [البقرة:٢٨٢] اهـ. وإذا كان المتنازع فيه المعين كدار وثوب وفرس مثلاً في غير بلد

المدعى عليه كان في بلد المدعي أم لا، وأراد المدعي رفع المدعى عليه لقاضي بلده يحاكمه عنده لم يكن له ذلك حيث امتنع المطلوب وأراد المخاصمة عند قاضيه كما قال:

٢٦ـ وَالحكْمُ في المَشْهورِ حَيْث المدَّعى عَليْهِ في الأصُولِ والمالِ مَعا

(**والحكم في المشهور حيث المدعى. عليه في الأصول و**) في (**المال**) المعين (**معا**) (خ): وهل يراعى حيث المدعى عليه وبه عمل أو المدعي وأقيم منها الخ. فإن كان النزاع في دين في الذمة. وشبهه كقصاص فهو قوله:

٢٧ـ وحَيثُ يُلْفِيهِ بِما في الذِّمَّة يَطْلُبهُ وَحَيثُ أَصْلٌ ثَمَّة

(**وحيث يلفيه بما في الذمة يطلبه**) أي ويخاصمه بما في ذمته حيث ما وجده. ابن حبيب: وكذا إن كان المتنازع فيه المعين من دار ونحوها مع المطلوب في المحل الذي لقيه فيه فله أن يحبسه لمخاصمته في ذلك المحل، وإليه أشار بقوله: (**وحيث أصل ثمه**) بفتح الثاء المثلثة ظرف مكان يتعلق بمحذوف خبر عن قوله أصل والهاء للسكت أي ويطلبه في المكان الذي لقيه فيه حيث كان الأصل ثمة أي في ذلك المكان. فتحصل أن المدعى عليه إذا لم يخرج من بلده فليست الدعوى إلا هنالك كان المتنازع فيه هناك أم لا، وإن خرج من بلده فإما أن يلقاه في محل الأصل المتنازع فيه، أو يكون المال المعين معه أو لا، فيجيبه لمخاصمته هناك في الأوّل دون الثاني، وأما ما في الذمة فيخاصمه حيثما لقيه.

٢٨ـ وَقُدِّمَ السَّابِقُ لِلْخِصامِ وَالمُدَّعِي لِلْبَدْءِ بالْكَلامِ

(و) إذا اجتمع لدى القاضي خصوم وتنازعوا في من يسبق للتحاكم (**قدم السابق**) منهم (**للخصام**) ثم الذي يليه، وهكذا إلا أن يكون فيهم مسافر أو ما يخشى فيقدمان حينئذ على

قرطبة أو فاس، وأراد المدعي رفع المدعى عليه إلى بلده ليحاكمه لكون المدعى فيه هنالك لم يكن له ذلك (**والحكم في المشهور حيث**) هو (**المدعى عليه**) نازل أو مقيم (**في الأصول و**) في (**المال**) أي المعين كثوب وفرس (**معاً**) قال في كتاب الجدار، وسئل عيسى عن الرجل من أهل قرطبة تكون له الدار أو الحق بجيان فيدعي ذلك رجل من أهل جيان فيريد الجياني مخاصمة القرطبي عند قاضي جيان حيث الشيء المدعى فيه أيرفع معه القرطبي إلى هنالك؟ قال: لا، وإنما يكون الحكم بينهما حيث المدعى عليه. قال ابن حبيب: ولا يلتفت إلى حيث المدعي ولا إلى حيث الدار التي ادعيت اهـ. فإن كانت الدعوى في دين أو لم يكن المطلوب في بلده فأشار له بقوله: (**وحيث يلفيه بما في الذمة**) من دين أو شبهه كقصاص (**يطلبه**) قال ابن حبيب: وكذلك إذا كان العقار يعني أو الثوب بالموضع الذي يتعلق به يحبسه لمخاصمته في ذلك الموضع اهـ. وإليه أشار بقوله: (**وحيث أصل ثمه**) قال: وإن كان المدعى فيه في غير الموضع الذي تعلق به فليس للمدعي أن يحبسه للمخاصمة حيث تعلق به اهـ. فتحصل أن ما في الذمة يطالبه به حيث كان، والأصل والعين إنما يطالبه به ويخاصمه إذا كان المطلوب في بلده أو كان معه الشيء المطلوب (و) إذا اجتمع لدى القاضي خصوم.

(**قدم**) أي قدم القاضي في الفصل والحكم (**السابق للخصام**) مجيئاً إلا أن يكون فيهم مسافر أو يخشى فوات ما فيه خصومة فيبدآن كما قاله اللخمي وغيره. (**والمدعي**) أي وقدم القاضي أيضاً

السابق كما قال (خ) وقدم مسافر وما يخشى فواته ثم السابق قال: وإن بحقين بلا طول الخ. قال في التوضيح: وينبغي للقاضي أن يوكل من يعرف السابق من الخصوم من اللاحق الخ. واعلم أن المدعي يطلق على معنيين، أحدهما: المأمور بالبينة وهو ما مر في قوله: فالمدعي من قوله مجرد. والآخر: الجالب الذي يؤمر بالكلام وإليه أشار بقوله: (و) قدم (**المدعي**) أي الجالب لصاحبه (**للبدء بالكلام**) ويسكت الآخر حتى يفرغ المدعي من دعواه، فإن صحت باستجماع شروطها المتقدمة أمره بجوابه وإلاَّ صرفه عنه، فإن جلسا بين يديه ولم يعلم الجالب منهما فلا بأس أن يقول: ما لكما وما خصومتكما أو يسكت ليبتدياه، ولا يبتدىء أحدهما فيقول: ما تقول أو ما لك؟ إلا أن يعلم أنه المدعي ولا بأس أن يقول: أيكما المدعي؟ فإن قال أحدهما: أنا أمره بالكلام، فإن قال كل منهما: أنا المدعي أو المدعى عليه صرفهما عنه حتى يأتي أحدهما أولاً كما قال:

٢٩ـ وَحَيْثُ خُصْمٌ حالَ خَصْمٍ يَدَّعِي   فاصْرِفْ وَمَنْ يَسْبِقْ فَذَاكَ المُدَّعِي

فخصم: مبتدأ وسوغ الابتداء به قصد الجنس، ويدعي: خبره، وقوله: فاصرف جواب ما تضمنته حيث من معنى الشرط: ودخلت عليه الفاء لأنه لا يصلح أن يكون شرطاً.

٣٠ـ وَعِنْدَ جَهْلِ سابِقٍ أوْ مُدَّعي   مَنْ لَجَّ إذْ ذَاكَ لِقُرْعَةٍ دُعي

(**وعند جهل سابق**) في الصورة الأولى (**أو**) جهل (**مدعي**) في الثانية فإن رجعا دفعة واحدة بعد أن صرفهما ولجأ في تعيين السابق في الأولى والمدعي في الثانية فإنه يقرع بينهما كما قال: (**من لج إذ ذاك لقرعة دعي**) فقوله: من لج بالجيم من اللجاج أي الخصومة وهو مبتدأ وعند جهل يتعلق به ولكونه ظرفاً صح تقديمه على الموصول وصلته لأنهم يتوسعون فيه. والجملة من قوله: لقرعة دعي: خبره وإذا ذاك يتعلق بدعي وذاك إشارة للنجاج، وخبره محذوف أي حاصل.

المدعي من الخصمين (**للبدء بالكلام**) ويسكت الآخر حتى يفرغ المدعي من دعواه، فإن صحت دعواه باستجماع شروطها أمر الآخر بالجواب وإلاَّ صرفه عنه. قال ابن أبي زمنين: من شأن حكام العدل إذا وقف عند أحد منهم خصمان أن يقول لهما: من المدعي منكما؟ قال أحدهما: أنا. قال له: تكلم، فإن قال: كل واحد منهما: أنا المدعي أمرهما بالارتفاع عنه حتى يأتي أحدهما أولاً وهو قوله:

(وحيث خصم حال خصم يدعي   فاصرف ومن يسبق فذاك المدعي)

فإن جهلا السابق في المسألة الأولى أو رجعا دفعة ولجا في الخصومة في المسألة الثانية أقرع بينهما وإلى ذلك أشار بقوله: (**وعند جهل سابق أو**) جهل (**مدعي من لج إذ ذاك لقرعة دعي**) قال في المفيد: وإذا قال كل منهما: أنا المدعي أخرجهما حتى يأتي أحدهما فيكون هو المدعي قاله الباجي، وفي المعونة: إذا تشاحا في ذلك أقرع بينهما اهـ. فقول (م): لم أقف على القرعة إذا جهل المدعي، ولعل الناظم قاسه على جهل السابق في الخصوم اهـ. غير صواب وقد نقله أيضاً ابن سلمون عن المعونة، وفي الشامل: وبدىء مدع عرف وإلا فالجالب فإن جهلا ولم يتفقا أقرع بينهما، وقيل: يبدأ بمن شاء الحاكم والضعيف أولى اهـ. وهو لابن عبد الحكم والله تعالى أعلم.

والجملة في محل جر بإضافة إذ إليها. وكيفية القرعة أن تكتب أسماؤهم في بطائق وتخلط فمن خرج اسمه بدىء به، وما ذكره الناظم من القرعة عند جهل المدعي صدر به في الشامل، وقيل: يبدأ بمن شاء منهما، والضعيف أولى وقيل يصرفهما وقيل يتحالفان اهـ.

فصــــل في رفع المدعى عليه

لمجلس الحكم **(وما يتعلق به)** أي بالرفع المذكور من الطبع على من أبى الحضور وأجرة العون على من تكون. ثم اعلم أن الخصمين لا يخلو حالهما، إما أن يحضرا معاً مجلس الحكم متفقين على الدعوى أو مختلفين، وقد مر ذلك، وإما أن يحضر الطالب فقط، وفي هذه إما أن يكون المطلوب من غير محل ولاية القاضي وقد تقدم في قوله: والحكم في المشهور حيث المدعى عليه الخ، وإما أن يكون من محل ولايته وفيه صورتان فتارة يخرج عنها لزيارة أو تجارة أو نحوهما، وسيأتي الكلام عليه إن شاء الله في البيوع في فصل الحكم على الغائب، وتارة لا يخرج عنها فلا يخلو حاله من ثلاثة أوجه: إما أن يكون في البلد، أو على مسافة قريبة أو بعيدة حساً أو حكماً، وعلى هذه الثلاث تكلم هنا فأشار إلى الأول فقال:

٣١ـ وَمَعْ مَخِيلَةٍ بِصِدْقِ الطَّالِبِ يُرْفَعُ بالإرْسالِ غَيْرُ الغائِبِ

(ومع مخيلة) أي دليل أي شبهة أي لطخ كجرح أو شاهد أو أثر ضرب ونحو ذلك **(بصدق الطالب، يرفع بالإرسال)** إليه لا بالخاتم على ما به العمل كما في اليزناسي **(غير الغائب)** وهو الحاضر في البلد فغير بالرفع نائب فاعل يرفع ومع يتعلق به، ويحتمل أن يكون مبنياً للفاعل وفاعله القاضي. وهذا قول سحنون وإن الحكم لا يرفع المطلوب حتى يأتي الطالب بشبهة لئلا يكون الطالب مدعياً باطلاً، وظاهر قول ابن أبي زمنين أنه يرفع وإن لم يأت بشبهة. ابن عرفة، وبه العمل وإلى الثاني بقوله:

فصــــل في رفع المدعى عليه

لمجلس الحكم **(وما يلحق به)** أي بالرفع المذكور من الطبع على من أبى الحضور، ومن أجرة العون على من تكون. واعلم أن الخصمين لا يخلو أمرهما إما أن يحضرا معاً عند القاضي متفقين على المدعي أو مختلفين وقد مر ذلك، وأما أن يحضر الطالب فقط. وفي هذه إما أن يكون المطلوب في غير محل ولاية القاضي وفيه صورتان، إحداهما: أن يكون حلوله به أي بغير محل ولاية القاضي لتجر ونحوه وهو من أهل بلد القاضي، وسيأتي الكلام عليه في فصل الحكم على الغائب من باب البيوع، والثانية: أن يحل به لكونه بلده وقد تقدم عند قوله: والحكم في المشهور حيث المدعى عليه الخ. وأما أن يكون في محل ولاية القاضي وله ثلاثة أحوال لأنه إما أن يكون في البلد أو على مسافة قريبة أو بعيدة حساً أو حكماً وعلى هذه الثلاث تكلم الناظم هنا فقال:

(ومع مخيلة) أي دليل **(بصدق الطالب)** ومخايل الصدق دلائله **(يرفع)** القاضي **(بالإرسال)** إليه والبعث وراءه **(غير الغائب)** يعني الحاضر في البلد وهو أحد الثلاث **(و)** الثاني **(من على يسير الأميال يحل)** اليزناسي: كالفرسخ والبريد ونحوه مع الأمن في طريقه. ووصوله إلى القاضي،

٣٢ـ وَمَنْ عَلَى يَسِيرِ الأَمْيَالِ يَحُلْ   فَالكَتْبُ كَافٍ فِيهِ مَعْ أَمْنِ السُّبُلْ

(ومن على يسير الأميال) كالفرسخ فما دونه **(يحل)** جمع ميل بكسر الميم والميل، كما قال ابن عبد البر ثلاثة آلاف وخمسمائة ذراع، والذراع ما بين طرفي المرفق ورأس الأصبع الوسطى كل ذراع ست وثلاثون أصبعاً كل أصبع ست شعيرات بطن إحداهما لظهر الأخرى، كل شعيرة ست شعرات من شعر البرذون. وقال ابن حبيب: الميل ألف باع بباع الفرس، وقيل بباع البعير، والباع: ذراعان. والذراع: شبران، والشبر: اثنا عشر أصبعاً، والأصبع: ست حبوب من وسط الشعير بطن إحداهما لظهر الأخرى وعلى الأول اقتصر شراح المختصر. **(فالكتب)** إليه في كتاب إن أحضر مجلس الحكم ويطبع ويدفع للطالب الذي أتى بالمخيلة لأنها مراعاة عند الناظم في هذه بالأحرى، وإن كان العمل على خلافه كما مرّ **(كاف فيه)** عن إرسال الرسول إليه وهذا **(مع أمن السبل)** أي الطرق التي يسلكها لمحل الحكم **(خ)** وجلب الخصم بخاتم أو رسول إن كان على مسافة العدوى لا أكثر كستين ميلاً. إلا بشاهد اهـ. ومسافة العدوى ثمانية وأربعون ميلاً فهي مسافة القصر كما في التبصرة الجوهري العدوى طلبك إلى وال ليعديك على من ظلمك أي ينتقم منه يقال: استعديت على فلان الأمير فأعداني أي استعنت به فأعانني عليه. **(تنبيه)**: لا يكتب إليه في هذا ولا يرسل خلفه في التي قبلها حتى يذكر دعواه وتتوفر شروطها ببيان السبب، وغير ذلك مما مر لئلا تكون دعواه غير صحيحة فيجلبه من مسافة العدوى لغير شيء، ويفوت عليه كثيراً من مصالحه وإلى الثالث بقوله:

٣٣ـ وَمَعَ بُعْدٍ أَوْ مَخَافَةٍ كُتِبْ   لأَمْثَلِ القَوْمِ أَنْ افْعَلْ مَا يَجِبْ

(ومع بعد) وهو ما فوق مسافة العدوى **(أو مخافة)** في الطريق من لصوص ونحوهم وإن كان على أقل منها **(كتب لأمثل القوم)** الذين هو فيهم أي أفضلهم في العلم والدين **(أن افعل ما يجب)** من النظر المؤدي للتناصف بينهما.

٣٤ـ أَمَّا بِالاصْلاَحِ أَوِ الإِغْرَامِ   أَوْ أَزْعِجِ المَطْلُوبَ لِلْخِصَامِ

(إما بالإصلاح) بينهما **(أو الإغرام)** للمطلوب حيث توجه الحكم به عليه **(أو أزعج المطلوب)** أي أرفعه **(للخصام)**. والحاصل أن القاضي في هذا الوجه الثالث لا يكتب لأمثل القوم إلا مع قيام الشاهد ونحوه من جرح وأثر ضرب وقوله: كاف يعني على جهة الأولوية وإلاَّ فله أن يرسل إليه رسولاً كما مرّ عن **(خ)** فلا مخالفة بينهما في الصورتين، ابن عرفة: عن ابن عبد الحكم: من استعدى الحاكم على من معه في المصر أو قريباً منه أعطاه طابعاً في جلبه أو رسولاً وإن بعد من المصر لم يجلبه إلا أن يشهد عليه شاهد بالحق فيكتب لمن يثق به من أمنائه أما

(فالكتب) إليه بأن يحضر مجلس الحكم **(كاف فيه)** عن بعث رسول يجلبه وهذا **(مع أمن السبل)**. وفي **(خ)** وجلب الخصم بخاتم أو رسول إن كان على مسافة العدوى. الزرقاني: هي مسافة القصر على المعتمد لا أكثر كستين ميلاً إلا بشاهد (و) الثالث **(مع بعد أو مخافة كتب. لأمثل القوم)** الذين هو فيهم أي أفضلهم **(أن افعل ما يجب)** من النظر المؤدي للتناصف بين الخصمين **(إما بإصلاح)** بينهما **(أو الإغرام)** للمطلوب حيث ظهر الحق وتوجه الحكم عليه **(أو أزعج المطلوب)** أي أرفعه **(للخصام)**

أنصفه وإلاّ فليرتفع معه اهـ. وقال ابن الحاجب: ويجلب الخصم مع مدعيه بخاتم أو رسول إذا لم يزد على مسافة العدوى، فإن زاد لم يجلبه ما لم يشهد شاهد فيكتب إليه، إما أن يحضر أو يرضى أي خصمه فقول الناظم: إما بالإصلاح أو الإغرام هو قول ابن الحاجب أو يرضى خصمه إلا أن الناظم اشترط المخيلة في الصور كلها وقد علمت أنه خلاف لابن الحاجب وغيره من أنها لا تشترط إلا في الثالثة.

تنبيهان. **الأول**: فهم من قول الناظم كتب لأمثل القوم الخ أن القاضي إذا أرسل إلى فقيه وقال له: انظر بينهما ثم اقض ما ترى في ذلك فذلك نافذ وهو كذلك عند ابن حبيب، وقال سحنون: لا ينفذ حكم الفقيه بينهما حتى يجيزه القاضي ويقره، وهذا في الحقيقة استخلاف إلا أنه في نازلة خاصة، وأما استخلافه من ينوب عنه في الأحكام فإن أذن له فيه نصاً جاز مطلقاً وإن نهى عنه امتنع مطلقاً وإن لم يكن إذن ولا نهي فإن جرت العادة به فينبغي أن يكون كالنص، وإلاّ ففي جوازه لمرض أو سفر قولان للأخوين وسحنون. فإن انتفيا لم يجز إلا في جهة بعد (ت) كما في (ح) ثم ليس للمستخلف بالفتح أن يستخلف إلا بإذن من الذي قدمه أو عرف كما في (ح) قال: فحكم النواب مع من استنابهم حكم القضاة مع السلطان قال في التبصرة: ولا يسجل نائب القاضي بما ثبت عنده، فإن فعل فلا يجوز تسجيله ويبطل إلا أن يجيزه المستخلف بالكسر قبل أن يعزل أو يموت. قال: وإذا قلنا لا يسجل فله أن يسمع البينة ويشهد عنده الشهود فيما فيه النزاع، ويقبل من عرف منهم بعدالة وتعقد عنده المقالات، ثم يرفع ذلك كله إلى المستخلف بالكسر لينفذه ويسجل به للمحكوم له الخ. وقول (ت): وإلاّ فإن كان لعذر جاز الخ فيه مع قوله بعد في جهة بعد (ت) نظر لا يخفى لأن العذر الذي جاز معه الاستخلاف اتفاقاً من مطرف وسحنون هو بعد الجهات، واختلاف الكور التي لا يلزمه الدوران عليها ولا الجلب منها. فالصواب حذفه والاكتفاء بقوله في جهة بعد (ت).

الثاني: إن لم يكن للمدعي حق لم تجب على المدعى عليه الإجابة ومتى علم الخصم بإعسار المطلوب حرم عليه طلبه، وإن رفعه إلى الحاكم وعلم أنه يحكم عليه بجور لم تجب الإجابة وتحرم حينئذ في الدّماء والجروح والحدود وسائر العقوبات الشرعية، وإن دعاه إلى حق مختلف في ثبوته وخصمه يعتقد الثبوت وجبت الإجابة وإلاّ سقطت ومتى طولب بحق وجب عليه أداؤه بالفور

عند القاضي المرسل وروى ابن حبيب في سماع أصبغ أن الموضع إذا كان بعيداً فلا يكتب القاضي برفعه، وليكتب إلى من يثق به في فهمه ودينه أن انظر فيما يدعيه فلأن قبل فلان واسمع منهما، ثم اكتب إلينا بما ثبت عندك ورأيته في ذلك لننظر فيه، فإذا نظر القاضي فيما جاء فإن رأى أن يكتب إليه بإنفاذ الحكم فعل، وإن رأى أن يرفعا إليه ليحكم بينهما فعل اهـ. وما ذكره المصنف من قيد المخيلة هو ما قاله سحنون قال ابن عرفة: وظاهر ابن أبي زمنين يرفع وإن لم يأت الطالب بشبهة وبه العمل.

فرع: وإن منع القاضي من الاستخلاف أو أذن له فيه نصاً أو عادة فلا إشكال وإلا فإن كان لعذر جاز وفي المرض والسفر قولان: وإن لم يكن عذر لم يستخلف إلا لوسع عمله فيستخلف في جهة بعدت عمن يعلم ما استخلف فيه.

لأن المطل ظلم ووقوف الناس عند الحكام صعب قاله القرافي في القواعد، ونقله (ح) بأتم مما هنا، ومحله والله أعلم إذا كان هناك من يعينه على الحق ويتثبت في أمره، وأما إذا فقد ذلك كما في زماننا اليوم فتجب الإجابة في الجميع لئلا يقع فيما هو أعظم.

٣٥ـ وَمَنْ عَصَى الأَمْرَ وَلَمْ يَحْضُرْ طُبِعْ عَلَيْهِ مَا يَهُمُّهُ كَيْ يَرْتَفِعْ

(ومن عصى) من الخصوم **(الأمر)** أي أمر القاضي الذي أرسل إليه أو أمر أمثل القوم المكتوب إليهم وتغيب عن مجلس الحكم **(ولم يحضر)** فإما أن يكون له مال ظاهر أم لا؟ فإن كان الأول فإن القاضي يحكم عليه بما ثبت عنده من بينة الطالب ويعديه في ماله الظاهر، وسواء اختفى ببيته أو لا يدرى أين هو ولا ترجى له حجة إن تغيب بعد استيفاء حججه وإلا رجيت كما سيأتي في قوله: ومن ألد في الخصام وانتهج. الخ وإن لم يكن له مال ظاهر ولم يختف في بيته **(طبع عليه ما يهمه)** شأنه مما لا صبر له عنه كداره وحانوته **(كي يرتفع)** مع خصمه، وصفة الطبع أن يلصق شمعاً أو عجيناً بالباب ويطبع عليه بطابع فيه نقش أو كتابة بحيث إذا فتحت الباب تغير ذلك عن حاله، فيعلم أنه قد دخلها فيفعل به ما يأتي من المناداة على بابه وإرسال العدول أو الهجم ونحو ذلك، وكذا إن اختفى في بيته وثبت ذلك، فمنهم من يرى أنه يختم على بابه أي يطبع عليها بما ذكر أيضاً ويبعث رسولاً ثقة ومعه شاهدان ينادي بحضرتهما ثلاثة أيام كل يوم ثلاث مرات: يا فلان ابن فلان القاضي فلان يأمرك بحضور مجلس الحكم مع خصمك وإلاّ نصب لك وكيلاً، فإذا فعل وإلاّ نصب له وكيلاً وسمع من شهود المدعي البينة وقضى عليه إلى أن يقدر على استخراج المال منه، ومنهم من يرى أن يهجم عليه، ومنهم من يرى أن يرسل عدلين ومعهما جماعة من الخدم والنسوان والأعوان، فتكون الأعوان بالباب ويدخل النسوان والخدم ويعزلن حرم المطلوب في بيت ويفتش المنزل بغتة المنزل. هكذا ذكر في البيان عن ابن شعبان قال: إذا توارى الخصم وأثبت الطالب حقه حكم عليه إن كان له مال ظاهر، وإن لم يكن له مال ظاهر وثبت أنه في منزله فمنهم من يرى أنه يختم على بابه أي التي هو فيها بالاستئجار

(ومن عصى الأمر) أي أمر القاضي حين أرسل وراءه أو أمر أمثل القوم المكتوب إليه وتغيب بعد **(ولم يحضر طبع. عليه ما يهمه)** شأنه مما لا مندوحة عنه من دار أو حانوت لـ **(كي يرتفع)** ففي كتاب ابن سحنون: أن أباه كان إذا كتب إلى أحد من أمنائه برفع الخصم فكتب إليه الأمين: إن المرفوع عصى أو ألد كتب إليه أن يعقل عليه ضياعه ومنافعه، وأن يسد بابه حتى يضطر إلى الارتفاع نقله الشارح. وفي ابن سلمون: وإذا امتنع الخصم من الحضور وتغيب وثبت ذلك، فكان سحنون يكتب بعقل ضياعه الخ. وفي الطرر عن الشعباني من ادعى على غيره دعوى دعاه للقاضي فإن امتنع ختم له خاتماً من طين، وفي المقصد المحمود وإن تغيب المدعى عليه طبع القاضي على داره وهو أحسن من التسمير لأنه يفسد الباب، فإن لم يفسده سمره عليه بعد أن يخرج ما فيها من حيوان أو بني آدم. وقد تحصل أنه يطبع عليه في صورتين إحداهما: إذا عصى الأمر وامتنع بعد الإرسال إليه، والثانية: إذا تغيب لما علم بالطلب وعليه فالواو في قوله: ولم يحضر بمعنى: أو ولا بد من ثبوت التغيب أو العصيان، وعلم أن الطبع بشمع ونحوه وبالتسمير إذا لم يكن فيه فساد، وإلاّ فلا يجوز.

ونحوه إلى آخر الأقوال المذكورة، فظاهره أن الطبع إنما هو إذا لم يكن له مال ظاهر وهو خلاف إطلاق الناظم وخلاف قول الجزيري، وإن تغيب المدعى عليه طبع القاضي على داره وهو أحسن من التسمير لأنه يفسد الباب، فإن لم يفسده سمّره بعد أن يخرج منها ما فيها من الحيوان وبني آدم اهـ. فظاهره أنه يطبع عليه ولو كان له مال ظاهر، لكن ما قررنا به هو الملائم لقوله فيما يأتي: وغير مستوف لها ان استتر الخ، لأنه صادق بما إذا توارى بعد أن جلس بين يدي القاضي مرة فما فوقها، وبما إذا لم يجلس بين يديه أصلاً وعليه فقول الناظم: طبع عليه ما يهمه خاص بما إذا لم يكن له مال ظاهر سواء اختفى في بيته على القول الأول من الأقوال المذكورة، أو اختفى في غيره ولم يعلم المحل الذي اختفى فيه. والحاصل أن المتغيب إذا ثبت تغيبه وعصيانه، وفي معناه المريض والمحبوس يمتنعان من التوكيل يحكم عليه إن طال تغيبه بعد أن يتلوم له بالاجتهاد سواء تغيب من أول الأمر أو بعد أن أنشب الخصومة، وسواء قلنا: إن المتغيب يطبع عليه مطلقاً كما هو ظاهر النظم والجزيري أو إن لم يكن له مال ظاهر كما هو ظاهر ابن شعبان وصاحب الشامل وغيرهما، لكن ترجى له الحجة حيث لم يستوف حججه كما يأتي والله أعلم. ونقل في التبصرة عن بعضهم أنه لا ترجى له حجة عقوبة له، وظاهره تغيب ابتداء أو بعد نشب الخصومة، ومن هذا المعنى أحد الشريكين يطلب صاحبه بالقسمة ويتغيب الآخر فإن القاضي يوكل من يقسم عنه بعد أن يفعل به ما مر.

تنبيه: قال في الوثائق المجموعة: وينبغي للقاضي أن لا يقبل قول الرسول في تغيب المطلوب حتى يكشف ويسأل، وفي المفيد: من استهان بدعوة القاضي ولم يجب ضرب أربعين. الماوردي وابن الفخار: ويجرح إن كان عدلاً لقوله تعالى: ﴿إذا دعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم أن يقولوا سمعنا وأطعنا﴾ [النور: ١٥].

٣٦ـ وَأُجْرَةُ الـعَوْنِ عَلى صاحِبِ حَقّ   وَمَـنْ سِـواهُ إنْ أَلَـدَّ تُـسْـتَـحَـق

(وأجرة العون) الجالب للخصم إذا لم يرزق من عند القاضي ولا من بيت المال الذي هو الأصل فيها كنظائرها من أرزاق القضاة والقاسمين ونحوهم **(على طالب حق)** فيتفق مع العون عليها بما يراه إلا أن يثبت لدد المطلوب بالطالب، وأنه امتنع من الحضور بعد أن دعاه إليه بطابعه كما مرّ في قوله: فالكتب كاف الخ. فلم يجب فالأجرة على المطلوب كما قال: **(ومن سواه إن ألد)** أي اشتدت خصومته بمطله وامتناعه من الانقياد إلى الحق **(تستحق)** هي أي الأجرة قاله ابن العطار واللخمي وغيرهما. وانتقده ابن الفخار بأنه لا يعلم في الشرع ذنب يبيح مال مسلم إلا

(وأجرة العون) الجالب للمطلوب إذا لم يعط من بيت المال الذي هو الأصل فيها كنظائرها ولا من عند القاضي حيث لم يكن في رزقه ما يعطى منه **(على صاحب حق)** إذا لم يلد المطلوب بأن أرسل وراءه ابتداء **(ومن سواه)** وهو المطلوب **(أن ألد)** الذي في الصحاح والقاموس: لده يلده خصمه فهو لاد ولدود اهـ. لكن قال الجبي في شرح غريب المدونة: الإلداد المطل يقال منه ألد إلداداً كأنشد إنشاداً نقله (ز) والجبي بالجسم بالجيم والباء الموحدة، ومن صحفه الجوهري أشكل عليه الحال **(تستحق)** هي أي الأجرة قال في الوثائق المجموعة: أجرة العون من بيت المال. قال أحمد بن

الكفر. وأجيب: بأنه لما تسبب بامتناعه في إتلاف الأجرة على الطالب توجه الغرم عليه كما قالوه في مدية حتى تلف المذكي، ومثل أجرة العون أجرة السجان لأن اللدد فيه أبين قاله (ق): (قلت): وهذا تبين أنه سجن في حق كما يأتي الخ.

تنبيهات. الأول: قول الناظم: إن ألد ظاهر في أنه ثبت لدده ومطله، وقد فصل ابن الشماع في ذلك فقال: إن كان الحق جلياً والمطلوب به ملياً والحاكم المدعو إليه من حكام العدل، فالصواب إغرامه حيث لا عذر له في التخلف، وإن كان له عذر ظاهر في التخلف من غرم أو يخاف أن يسجن ولا يعرف عدمه أو كان طالبه مؤاخذاً له بشهادة زور مثلاً أو كان الحاكم مثلاً من حكام الجور. ونحو ذلك، فلا غرم عليه وإن لم تعرف حقيقة الأمر في ذلك، فالأصل عصمة مال المسلم فلا يباح بالاحتمال والشك إذ لا يرتفع اليقين إلا باليقين اهـ.

قلت: ويؤيده ما في أقضية المعيار عن القباني فيمن سجن في تهمة دم أو سرقة ولم يثبت عليه ما يوجب غرماً ولا قوداً أن أجرة السجان على مدعي الدم والسرقة، وعليه فلا تجب الأجرة على المطلوب حتى يثبت لدده بثبوت ما يدعيه الطالب فتوقف ابن رحال في ذلك قصور، وانظر آخر أقضية المعيار فقد ذكر فيها نظائر من ذلك: أجرة الأمينة وأجرة المقوم في البيع الفاسد قال: هي على الطالب وليست على البائع في الفاسد.

الثاني: قال في التبصرة: ويجب أن يكون أعوان القاضي في زي الصالحين فإنه يستدل على المرء بصاحبه وغلامه، ويأمرهم بالرفق واللين في غير ضعف ولا تقصير، وينبغي أن يخفف منهم ما استطاع وإن استغنى عن اتخاذهم كان أحسن. المازري: كل من يستعين به القاضي لا يكون إلاَّ ثقة مأموناً لأنه قد يخاف عليه من النسوان إذا احتجن إلى الخصام.

الثالث: المطل: هو تأخير الدفع عند استحقاق الحق والقدرة عليه وهو مما ترد به الشهادة كما قال (خ) عاطفاً على المبطلات ومطل لأن النبي ﷺ سماه ظلماً في قوله: «مطل الغني ظلم» وخصه بالغني دون المعسر لقوله تعالى: ﴿وإن كان ذو عسرة﴾ [البقرة: ٢٨٠] الآية. وفي بعض الروايات عنه عليه السلام أنه قال: «مطل الواجد يحل عرضه وعقوبته». فعرضه المتظلم منه يقول: مطلني وظلمني، وعقوبته سجنه حتى يؤدي.

سعيد: فإن لم يكن جعل القاضي من رزقه للأعوان جعلاً إذا رفع المطلوب فيما يلزمه، فإن لم يفعل القاضي فأحسن الوجوه أن يستأجر الطالب إلا أن يتبين أن المطلوب ألد بالطالب، ودعاه إلى القاضي فأبى أو منعه حقاً يقربه ويماطله غرم المطلوب اهـ. ومثله في ابن سلمون عن ابن العطار وانتقده ابن الفخار بأنه لا ذنب يبيح مال المسلم إلا الكفر. وأجاب ابن عرفة: بأن المبيح لماله تسببه في إتلاف مال الغير كما قالوه فيمن منع مدية حتى تلف المذكي وسكت الناظم عن أجرة السجان، والظاهر أنها كأجرة العون اهـ وفيه بيان الإلداد، والله أعلم.

فصـــل في مسائل

جع مسألة: وهي كما في المحلى مطلوب خبري يبرهن عليه في ذلك العلم (**من القضاء**) من تلك المسائل قوله:

٣٧ـ وَلَيْسَ بِالجَائِزِ لِلقَاضِي إذَا لَمْ يَبْدُ وَجْهُ الحُكْمِ أَنْ يُنَفِّذَا

(**وليس بالجائز للقاضي إذا. لم يبد**) يظهر (**وجه الحكم**) كنهه وحقيقته (**أن ينفذا**) الحكم على أحد الخصمين لأن الحكم مع عدم تبين وجهه حدس وتخمين، وهو مما ينقض فيه حكم الحاكم. ولو وافق الصواب في ظاهره كما في ابن شاس وغيره، وحينئذ فإن لم يبين وجهه من جهة عدم تصوره كلام الخصمين أمرهما بالإعادة ليفهم عنهما صراحة لا تلويحاً. قال عياض عند قولها: إذا أدلى الخصمان بحجتيهما، وفهم القاضي عنهما الخ ما نصه: مراده بفهم القاضي عنهما تحققه ما سمع منهما دون احتمال لا أنه فهم من معرض كلامهما ولحن خطابهما ليس هذا مما تقام الأحكام به اهـ. ونحوه في المعيار عن المازري وعليه عول في اللامية حيث قال:

وفكرك فرغ واطلب النص وافهمن فبعد حصول الفهم قطعاً لتفصلا

وسيأتي عند قول الناظم وقول سحنون به اليوم العمل الخ: أن القاضي لا يحكم بما سمعه من أحد الخصمين في مجلسه دون إشهاد عليه، وإذا كان كذلك فكيف يحكم بما فهمه عنهما؟ قال ابن محرز: ما فهمه عنهما يقول مقام ما سمعه، والخلاف جار على جواز الشهادة بالفهم، وثالثها أن يبين شهادته بالفهم لا بالتصريح ابن ناجي والعمل على قبولها قال: وبها حكم ابن عبد السلام في مال معتبر اهـ. ونقل الخلاف المذكور الشارح في فصل الإعذار وقال بعده ما حاصله: إنه لا يبعد أن يفرق بين الحكم والشهادة فإن الضرورة تدعو إلى الشهادة بالفهم ولا ضرورة تدعو إلى إنفاذ الحكم دون تحقيق الفهم على الخصمين اهـ.

قلت: وهو ظاهر ولا سيما على ما يأتي في البيت المذكور. نعم يكون شاهداً بما فهمه عنهما على القول بجوازها بالفهم والله أعلم. وإن لم يبد لكونه لم يقف على أصل النازلة في كتاب ولا سنة ولا غير ذلك أو شك هل هي من أصل كذا أو أصل كذا أو تجاذبها أصلان ولم يترجح أحدهما؟ شاور أهل العلم في هذه الأوجه الثلاثة أو صرفهما إلى من هو أعلم منه وجوباً فإن بقي الإشكال على حاله بعد المشورة أو لم يجد من يشاوره فهو قوله:

فصـــل في مسائل

جمع مسألة. وهي مطلوب خبري يبرهن عليه في ذلك العلم كائنة (**من القضاء**) منها منع تنفيذ الحكم قبل ظهور وجهه كما قال: (**وليس بالجائز للقاضي إذا لم يبد وجه الحكم**) بأن التبس عليه الحال بتعارض البينتين وتداخل دعوى الخصمين، أو لجهله حكم النازلة بعد تصورها (**أن ينفذا**) الحكم. والواجب في الوجه الأول أن يشاور أهل العلم، وفي الثاني أن يسأل عن الحكم. قال تعالى: ﴿فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون﴾ [النحل:٤٣] ابن سلمون: وإذا أشكل عليه أمر

٣٨ـ والصُّلْحُ يَسْتَدْعِي لَهُ إِنْ أَشْكَلاَ حُكْمٌ وإِنْ تَعَيَّنَ الحَقُّ فَلاَ

(**والصلح يستدعي له إن أشكلا. حكم**) أي دام إشكاله بعد المشهورة، وأمكن الصلح فيه لا فيما لا يمكن كطلاق. وقيل: إذا تجاذب النازلة أصلان ولم يترجح أحدهما عنده ولا عند غيره من المشاورين تخيّر في الحكم بأيهما شاء قياساً على تعارض الحديثين دون تاريخ (**وإن تعين الحق**) ولو بمشورة أو سؤال (**فلا**) يدعو إليه (خ) ولا يدعو للصلح إن ظهر وجهه أي لأنه لا يخلو عن خطيطة لبعض الحق، البرزلي: فإن جبرهما على الصلح حينئذ فهو جرحة فيه. قال مالك: ولا أرى للوالي أي بعد تبين الحق أن يلح على أحد الخصمين أو يعرض عن خصومته لأجل أن يصالح اهـ. فإن دعا في الغرض المذكور فلا بد أن يبين لصاحب الحق أن القضاء أوجب له حقه وإلاَّ فلا يلزمه الصلح وله القيام لأن القاضي قد دلس عليه وجار والقول قوله في عدم البيان كما يفهم من جواب لابن لب نقله اليزناسي في عيوب الزوجين. وقال عقبة: إن بعض القضاة يحكم بالجور أو الجهل فيظن المحكوم عليه بجهله أو لعدم الناصر للحق أن ذلك لازم له فيصالح أو يرضى باليمين أو يلتزم الأداء ونحو ذلك، وهو في ذلك كله مضطر مغرور بحكم القاضي فإذا سأل أو وجد من ينصره وأعيد النظر يقول الناظر فيها: إنك رضيت اليمين أو صالحت أو التزمت ونحو ذلك مما يسقط حقه قال: وكنت أستعظم ذلك وأتمنى الاطلاع فيه على نص حتى وقفت على هذا الجواب يعني جواب ابن لب المتضمن لعدم لزوم شيء من ذلك اهـ. قلت: وهذا مفهوم من قول (خ) وغيره فلا يحل لظالم.

تنبيهان. الأول: إذا شهد العالم في شيء عند القاضي فأعياه الحكم فيه فلا يستشيره فيما شهد فيه قاله سحنون أي لأنه يتهم في فتواه بما يمضي شهادته، وقيل: إنه لا بأس باستشارته في ذلك وفي أقضية المعيار أن الخصم إذا طلب إحضار أهل العلم لأجل الحكم عليه أو له فليس للخصم فيه مدخل، وإنما ذلك إلى القاضي قال: وللقاضي أن يمتنع من الحكم إن رأى دخول ضرر عليه بسببه.

الثاني: إذا كان القاضي عدلاً في أحواله بصيراً في قضائه فلا يقبل الأمير شكوى من شكاه ولا يجلس الفقهاء للنظر في أحكامه، وذلك خطأ منه إن فعله. ومن الفقهاء، إن تابعوه على ذلك وإن كان عنده متهماً أو جاهلاً فليعزله، فإن جهل الأمير فأجلس الفقهاء للنظر في أحكام العدل وجهلوهم أيضاً أو أكرهوا ففسخوا أحكامه أو بعضها، فلمن تولى بعد ذلك النظر فيمضي ما كان صواباً موافقاً للمشهور أو المعمول به وينقض ما عداه إن كان حكم القاضي

تركه. قال سحنون: لا بأس أن يأمر فيه بالصلح ولا يحكم بالتخمين لأنه فسق وجور اهـ. ولا يجوز له أن يدعو للصلح في الثاني لأن الفرض أن الحكم بين في نفسه إلا أن القاضي جهله ولا في الأول إلا إذا شاور من معه من أهل العلم من بلده وأشكل عليهم أيضاً فقوله: (**والصلح يستدعى له إن أشكلا. حكم**) أي دام إشكاله بعد المشاورة في النازلة وبذل الجهد والطاقة (**وإن تعين الحق**) عند القاضي ولو بمشاورة أو سؤال (**فلا**) يجوز أن يدعو إليه لأنه لا يخلو عن حطيطة وهضم لبعض الحق، والواجب أن ينفذ الحكم على من دار عليه ولا يبالي.

الأول أو الفقهاء وإن أمرهم بتصفح أحكام المتهم جاز لهم ونقضوا ما ليس بصواب، فإن اختلف الفقهاء فلا ينظر إلى قول أكثرهم ولكن ينظر في وجه أحكام الاختلاف فما رآه صواباً قضى به، وكذا القاضي إذا اختلف عليه المشاورون. ابن عبد البر في كافيه: ولا يجوز له أن يشاور وهو جاهل لا يميز الحق من الباطل لأنه إذا أشير عليه وهو جاهل بحكم لم يعلم هل حكم بحق أو باطل اهـ. ونقله ابن سلمون وغيره، وهذا في العامي الصرف كما تقدم أول الباب، وإلى ذلك كله أشار (خ) بقوله: ونبذ حكم جائر أو جاهل لم يشاور أي: ولو وافق كل منهما الحق في ظاهر الأمر ولم تعلم صحة الباطن، فإن ثبت بالبينة صحة باطنه فلا ينقض وإلاَّ تعقب وأمضى غير الجور ولا يتعقب حكم العدل العالم قال في المعيار عن ابن الحاج: والذي يشاور من أهل العلم العابد الخير الدين الورع العالم بكتاب الله وسنة رسوله ﷺ وبأحكام من مضى العارف باللغة ومعاني الكلام الموثوق بدينه لا يميل إلى هوى ولا طمع، وقال قبل ذلك: وما أفتى مالك حتى استفتاه أربعون محنكاً، والتحنك اللثام تحت الحنك لأنه شعار العلماء في القديم.

٣٩ـ ما لَمْ يَخَفْ بِنافِذِ الأَحْكامِ ... فِتْنَةً أو شَحْناً أولِي الأرْحامِ

(ما لم يخف بنافذ الأحكام). أي بتنفيذها **(فتنة)** بين الخصمين من قتل ونحوه، فيجب حينئذ الأمر بالصلح ولو تبين الحق لأحدهما قاله اللخمي **(أو شحنا)** بالمد وقصره ضرورة أي العداوة والبغضاء. **(أولي الأرحام)** أو أولي الفضل فيندب الأمر بالصلح في هذين ولا يجب لقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه: رددوا الحكم بين ذوي الأرحام حتى يصطلحوا فإن فصل القضاء يورث الضغائن وأولو الفضل كذي الرحم، فقد ترافع إلى سحنون رجلان من أهل العلم فأبى أن يسمع منهما وقال لهما: استرا على أنفسكما ولا تطلعاني على ما ستره الله عليكما. اللخمي: والصلح بين الأقارب حق وإن تبين لأحدهما أو لهما وعليه اقتصر شراح المتن، ثم لا ينبغي أن يرددهم أكثر من مرتين إن طمع في الصلح بينهما كما في التبصرة وابن سلمون قالا: وعن بعضهم أن قول عمر رضي الله عنه: رددوا الحكم محمول على ما إذا لم يتبين الحق لأحدهما، وإلاَّ فلا ينبغي عدم إنفاذه، وقول (ق) عن ابن حجر استحب الجمهور من غير المالكية للحاكم أن يشير بالصلح أي بين الأقارب والأرحام وغيرهما، وإن ظهرا الحق الخ. معناه والله أعلم بعد أن يبين لمن وجب له الحق أن الحق له، وإلاَّ فيمنع لأنه مدلس بكتمانه ظهور الحق لربه

(ما لم يخف بنافذ الأحكام) أي بتنفيذها **(فتنة)** بين الخصمين من قتل أو نحوه، فيجب أن يأمرهما بالصلح في هذه **(أو شحناً)** بالمد قصره ضرورة أي العداوة والبغضاء كالشحنة بالكسر، وشحن عليه شحناً من باب تعب حقد قاله في المصباح والقاموس. **(أولي الأرحام)** أو الفضل فيندب الأمر بالصلح لقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه: رددوا الحكم بين ذوي الأرحام حتى يصطلحا، فإن فصل القضاء يورث الضغائن وذوو الفضل كأنهم أخوة والأمر بالصلح في هذه الثلاث مع ظهور الحق هذا قول مالك والشافعي، ولا حجة لمن خالفهما. وقال: يدعو للصلح ابتداء مطلقاً محتجاً بقضية الزبير وكعب بن مالك مع ابن أبي حدرد حيث أشار له ﷺ ابتداء أن ضع الشطر لأنهما من ذوي الفضل، وقال ابن حجر: استحب الجمهور للحاكم أن يشير بالصلح وإن

معين على أكل الأموال بالباطل، ولا يحل مال امرىء إلا عن طيب نفس، ابن عات: إنما يجوز له أن يأمر بالصلح إذا تقاربت الحجتان بين الخصمين غير أن أحدهما ألحن بحجته من الآخر أو تكون الدعوى في أمور تشابهت وتقادمت، وأما إن تبين الحق فلا يسعه إلا فصل القضاء.

٤٠ـ وَخَصْم إنْ يَعْجِزْ عن الْقاءِ الحُجَجْ — لِـمُـوجِـبٍ لُـقِّـنَـهـا ولا حَـرَجْ

(وخصم) طالباً كان أو مطلوباً **(أن يعجز عن إلقاء الحجج)** أي بثها وتبيينها للقاضي **(لموجب)** من غفلة أو بله أو دهش **(لقنها)** بالبناء للمفعول خبر عن قوله: خصم وسوغ الابتداء به وقوع الشرط بعده لأنه وصف في المعنى، والضمير المنصوب مفعول ثان، والمفعول الأول ضمير يعود على الخصم. أي: لقن القاضي الخصم إياها على المشهور خلافاً لسحنون. قال في التبصرة: وصورة ذلك أن يقول للخصم: يلزمك على قولك كذا وكذا، فيفهم خصمه حجته ولا يقول لمن له المنفعة قل له كذا. ابن عبد الحكم: لا بأس أن يلقنه حجة لا يعرفها. ابن الماجشون: ينبغي للقاضي تنبيه كل خصم على تقييد ما ينتفع به من قول خصمه إن غفل **(ولا حرج)** عليه في التلقين المذكور، بل ذكر ابن يونس في ذلك حديثاً: من ثبَّت غبياً في خصومة حتى يثبتها ثبت الله قدمه يوم تزل الأقدام اهـ. وقد يقال: إن التلقين واجب إذا كان الخصم جاهلاً ضعيفاً غنها هذا هو الظاهر، وإلاَّ فكيف يحكم عليه بحجة صاحبه وحجته صحيحة إلا أنه لضعف عقله لم يبينها قال ابن رحال **(خ)** فإن أقر فله الإشهاد عليه وللحاكم تنبيهه عليه الخ. ابن عرفة: فإذا ظن القاضي أن المعذور إليه يجهل ما يسقط عنه الحجة نبهه الحاكم على ما يسقطها اهـ. نعم يمتنع على القاضي وغيره تلقين الفجور وهو جرحة فيمن فعله فقيهاً كان أو غيره، ويضرب على يديه ويشهر في المجالس، وقد فعله بعض قضاة قرطبة لكبير من الفقهاء بمشورة أهل العلم وليس منه قول المفتي لمعلق الثلاث مثلاً خالعها قبل الفعل ولك مراجعتها بعده ولا يلزمك إلا واحدة كما أشار له **(خ)** بقوله: فلو فعلت المحلوف عليه حال بينونتها لم يلزم الخ. لأن هذا ومثله ليس من الفجور. وفي **(ق)** عن ابن علوان أنه قال لامرأة عسر عليها التخلص من زوجها الذي أساء عشرتها: ادعي عليه أن بداخل دبره برصاً فادعت ذلك فحكم بأن ينظر إلى ذلك المحل، فلما رأى زوجها ذلك طلقها البرزلي: وهذا التحيل إن ثبت عنده أنها مظلومة فالفتوى به سائغة وإلاَّ فهو من تلقين الخصم القادح في العدالة.

والحاصل إن علم منه المفتي قصد التحيل للفجور فإفتاؤه بما يوصله إليها وتنبيهه عليها من التلقين الممنوع وإن لم يعلم قصده أصلاً أما إن كان قصده إلى رفع الظلم عنه أو إلى الخروج من ورطة يمين وقع فيها فالإفتاء مشروع أو واجب لأن تركه من الكتمان بل في ضيح: إن القاضي

ظهر الحق ومنعه بعضهم وعليه المالكية **(وخصم أن يعجز عن إلقاء الحجج)** له **(الموجب)** من دهش أو خوف أو بله **(لقنها)** بالبناء للمجهول أي لقن القاضي الخصم إياها **(ولا حرج)** أي لا إثم ولا منع قال اللخمي، قال أشهب: للقاضي أن يشدّ على عضد أحدهما إذا رأى ضعفه عن صاحبه وخوفه منه ببسط أمله ورجائه في العدل ويلقنه حجة عمي عنها، وإنما يمنع تلقين أحدهما الفجور اهـ. زاد ابن هارون وقال سحنون: لا ينبغي أن يشد عضد أحدهما ولا يلقنه حجة اهـ.

يعلمه بالتجريح إن كان ممن يجهله وسواء كان ذلك قبل الخصام فيما فيه خصام أو بعده فقول الشيخ مس رحمه الله: ما يفعله المفتون اليوم من الإفتاء قبل الخصام إنما هو من التلقين الممنوع لأنه يستفتي لينظر هل الحق له أو عليه فيحتال على إبطاله الخ. صحيح إن علم المفتي بقصده للتحيل المذكور والله أعلم.

وقوله قبل ذلك الإفتاء إنما كان في الصدر الأول بعد تسجيل القاضي الحكم الخ. مبني على أن الإعذار لا يكون إلاّ بعد الحكم، والمشهور أنه قبله كما يأتي ولا معنى للإعذار حينئذ إلا سؤال أهل العلم عن فصول الوثيقة وشروطها أو تجريح شهودها ونحو ذلك، وفهم من قول الناظم: وخصم الخ، إن الشاهد إذا غلط في شهادته لا يلقن. قال في التبصرة: إذا غلط الشاهد في نص الشهادة فعلى القاضي أن يأمر الخصمين بالإعراض عنه لا المدعي بتلقين ولا المدعى عليه بتوبيخ، فإن فعل أحدهما ذلك بعد النهي أمر بأدبه. وكان سحنون إذا غلط الشاهد عنده أعرض عنه وأمر الكاتب أن لا يكتب وربما قال له: تثبت ثم يردده، فإذا ثبت على شهادته أمر كاتبه بكتب لفظ شهادة من غير زيادة ولا نقصان.

٤١ـ ومُنِعَ الإفْتاءُ لِلْحُكَّام   في كلِّ ما يَرجِعُ لِلْخِصام

(ومنع الإفتاء للحكام) متعلق بالإفتاء أو بمنع، واللام بمعنى من على كل حال (في كل ما) شيء (يرجع للخصام) فيه بين يديه من أبواب المعاملات لأن الخصم إذا عرف مذهبهم تحيل إلى الوصول إليه أو الانتقال عنه وما ذكره من المنع هو أحد الأقوال ومحلها فيما إذا كان مجتهداً أو مقلداً. وفي المسألة قولان متساويان مثلاً وإلاّ فيجوز لأنه محجر عليه في الحكم بغير المشهور كما مرّ، وفيما قبل الجلوس بين يديه وإلاّ فهو ما قبله فلا معارضة بين البيتين، وفيما يمكن فيه الخصام بين يديه كما قررنا لا أن سئل عن ذلك من خارج ولايته أو من بعض الكور أو على يدي عماله أو كان لا يرجع للخصام كالعبادات فلا يكره ولا يمنع ومقابل المنع الكراهة لمالك وهو المشهور، والجواز لابن عبد الحكم وبه العمل قال ناظمه:

وشاع إفتاء القضاة في الخصام   مما بغير حكمهم له قوام

ومفهوم للحكام أن غيرهم له الإفتاء مطلقاً وهو كذلك. ابن العربي: المصلحة أن تكون الفتوى مرسلة ولا تكون الشهادة إلا إن ولاه القاضي لأن المفتي إذا زاغ فضحه العلم (ق): إن كان القضاة مولين بالجاه لا بالمرجحات الشرعية ففتوى المفتين حينئذ من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وفي البرزلي ونحوه في المعيار: لا ينبغي للفقيه المقبول القول أن يكتب للقضاة بما

(ومنع الإفتاء للحكام) متعلق بمنع أو بالإفتاء، واللام بمعنى من أو مقحمة بين المضاف والمضاف إليه أي منع إفتاء الحكام (في كل ما) شأنه (يرجع للخصام) من أبواب المعاملات لما فيه من تعليم الخصوم وإعانتهم على الفجور لا في أبواب العبادات أو لمتفقه وعبارة غيره، ولا يفتي في الخصومة وهو لمالك وسحنون. وقال ابن عبد الحكم: لا بأس به وبه العمل وظاهر المصنف المنع، وإنه على التحريم ويحتمل الكراهة وعليه حملوا قول (خ) ولم يفت في خصومة وحصر الحطاب في المسألة ثلاثة أقوال: المنع والكراهة والجواز.

يفعلون إلا أن يسألوا لأن ذلك يؤدي إلى الأنفة المؤذية، قال: وقد أدركت بعض شيوخنا إذا ورد عليهم سؤال فيه حكم قاض من بعض الكور يرده حتى يبعث إليه قاضيه اهـ.

قلت: وهذا إذا كان ممن توفرت فيه شروط القضاء لأنه محمول حينئذ على أنه استقصى الواجب في ذلك وإلاّ فهي من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر كما مرّ. ورأيت في اختصار الونشريسي للبرزلي ما نصه: لا يجوز للقاضي إقامة المفتي ليستفتيه وإنما يقيمه أهل الحل والربط وهم الفقهاء قاله المازري اهـ. وهو ظاهر لا يختلف فيه اثنان، وفي نوازل التمليك من المعيار أن فقيه سوسة أتى الربيع المزدغي بفتوى من قال: الحلال عليه حرام بلزوم الواحدة، وأمر حاكم البلد أن يحكم بذلك ليتحصن بحكم الحاكم، وحمله على ذلك كون الرجل له أولاد من زوجته، فبلغ الخبر إلى أبي القاسم فأفتى بنقض الحكم وإلزامه الثلاث قائلاً لا يعتبر من قضاة الوقت إلا الحكم بالمشهور، ولا يعول إلا على مفتي تونس بإفريقية. قيل: هذا تعسف منه بل كل من يعرف العلم وإن كان في بادية يعول على فتواه إذا رآه الناس أهلاً لذلك كهذا الشيخ المزدغي نفع الله بعلمه وعمله. قلت: أي قال صاحب المعيار: حكى الأصوليون الإجماع على استفتاء من علم بالعلم والعدالة، وقد انتهى الأمر في هذه الأزمنة إلى خرق هذا الإجماع وقصرها على جهلة لمجرد الرياسة والجاه وحسيبهم الله اهـ. قلت: قد انتهى الأمر في زماننا هذا في حدود الثلاثة والأربعين بعد المائتين والألف وقبل ذلك بسنين إلى قطعها بالكلية موافقة لأغراض جهلة القضاة ويعللون ذلك بأن في إرسالها تشويشاً عليهم في الأحكام، وما ذاك إلا ليتوصلوا للأغراض الفاسدة من تمام الرياسة وعدم نقض أحكامهم المؤسسة على الحدس والتخمين، وإلاّ فالمفتي إن صادف الصواب بفتواه وإلاّ ألغيت وطرحت فأي تشويش فيها؟ فبقي الناس يموج بعضهم في بعض فتأتي النوازل من سوس الأقصى وغيرها ولا يجدون من يكتب لهم حرفاً واحداً لا من القضاة لغلبة جهلهم ولا من غيرهم للتحجير عليهم من الإمام مع أنها فرض كفاية كالقضاء، فهذا من أفظع الأمر الذي لا يحل السكوت عليه قال تعالى: ﴿إن الذين يكتمون ما أنزلنا من البينات﴾ [البقرة:١٥٩] الآية. فإنا لله وإنا إليه راجعون.

٤٢ـ وَفي الشُّهودِ يَحْكُمُ القاضي بما يَعْلَمُ مِنْهُمْ باتِّفاقِ العُلَمَا

(وفي الشهود): يتعلق بقوله: (يحكم القاضي) وكذا قوله: (بما يعلم منهم) من تعديل أو تجريح إجماعاً وعليه فلا تحتاج لدليل لأن الإجماع لا بد له من دليل يستند إليه وإن لم نطلع عليه، وقيل لغلبة شهرة العدالة والتجريح عند الناس فضعفت التهمة، وقيل: لو لم يستند لعلمه فيهما لافتقر لمعدلين آخرين فيتسلسل. وتعقب بانقطاعه بمشهور العدالة. وأجيب: بأن انقطاعه بذلك نادر والتعليل الثاني أظهر لما يأتي، وظاهر النظم أنه يعمل على ما علم من التجريح ولو عدله آخرون وهو كذلك (باتفاق العلما) إلا ابن المواز قال: تقدم بينة التعديل على علمه بالتجريح،

فرع: في الواضحة للأخوين لا ينبغي أن يدخل عليه أحد الخصمين دون صاحبه لا وحده ولا في جماعة، ولا يجوز للقاضي أن يحكم في غير الشهود بمقتضى علمه.

(وفي الشهود يحكم القاضي بما يعلم. منهم) من تجريح أو تعديل (باتفاق العلما)ء. حكاه ابن

ورده ابن عبد البر بالإجماع إلا أن يطول زمن ما بين علمه بجرحته وبين الشهادة بتعديله فيعمل على التعديل قاله أصبغ وابن عبدوس عن ابن القاسم، وأما العكس وهو أن يعلم العدالة ويجرحه آخرون، فالحق أنه لا يعمل فيه على علمه لأن غيره علم ما لم يعلمه إلا أن يتحقق نفي السبب الذي جرحوه به كما لو جرحوه بشرب الخمر وقت كذا وهو يعلم أنه أكره عليه (خ) بخلاف الجرح وهو المقدم، وليس عليه أن يشهد بما علمه منهم عند غيره كما في التبصرة وكذا يستند للشهرة بالجرحة والعدالة، فقد شهد ابن أبي حازم عند قاضي المدينة فقال: أما الاسم فاسم عدل، ولكن من يعرف أنك ابن أبي حازم. ابن عرفة: شهد البرقي فقيه المهدية في مسيره للحج عند قاضي الاسكندرية، فلما قرأ اسمه قال: أنت البرقي فقيه المهدية؟ قال: نعم فكلف المشهود له البينة على أنه هو وحكم بشهادته دون طلب تعديله، ثم محل كلام الناظم ما لم يقر الخصم بعدالة الشاهد، وإلاّ فيحكم عليه بشهادته ولو علم جرحته أو شهدت البينة بها خلافاً لأصبغ وسواء أقرّ بها قبل الأداء أو بعده لأن إقراره بالعدالة كالإقرار بالحق، ففي البرزلي: إن بعضهم كان إذا شهد عنده من لا يرتضيه يتلطف في رد شهادته والعمل بإقرار المطلوب فيقول: ما تقول في شهادة فلان. فيقول؟ هو عندي صادق أو شهادته صحيحة اهـ. (خ) أو إقرار خصم بالعدالة وظاهر التعليل أنه يحكم عليه، ولو رجع عن إقراره وكان الشاهد واحداً من غير يمين الطالب، مع أن ابن عرفة بحث في هذه المسألة بما يعلم بالوقوف عليه. وقال ابن عبد السلام: ينبغي أن يتأول على ما إذا أقر بعدالته بعد أداء الشهادة لا قبلها لأنهم قالوا: إذا قال أحد الخصمين كل ما شهد به علي فلان حق فشهد عليه أنه لا يلزمه لأنه يقول: ظننت أنه لا يشهد إلا بحق. ضيح: وفرق بينهما بأنه إذا أقر بعدالته أي بأمر متقدم يعلمه منه بخلاف من التزم ما يشهد به لأنه يقول: ظننت أنه لا يشهد إلا بحق اهـ. فتأمل هذا الفرق فإن كان معناه أن الإقرار بالعدالة كان بعد علمه بما شهد به عليه كان ذلك قبل الأداء عند القاضي أو بعده كما يدل عليه التعليل من أنه كالإقرار بالحق فهو ما يقوله ابن عبد السلام لأنه مراده بالأداء، وإن كان المراد أنه أقر بها قبل أن يعلم بشهادته فلا يخفى أنه لا فرق بينه وبين قوله: كل ما شهد به فلان حق إذ لا يقول ذلك حتى يكون فلان عدلاً عنده، وقد قالوا: إنه لا يكون بمجرده إقراراً، ولكن ينظر إن كان فلان عدلاً لزمته شهادته مع يمين الطالب، وإلاّ فلا هذا محصل قول (خ) في الإقرار كأن حلف في غير الدعوى أو شهد فلان الخ، أي فلا شيء عليه، ولو حلف أو شهد لأنه يقول: ظننت أن لا يحلف على الباطل وأن لا يشهد به. ابن سهل: هذا إذا أنكر ذلك حين شهد عليه أما إذا سكت حين الشهادة ثم رجع لم يكن له ذلك، وهذا الأصل في كل من التزم ما لا يلزمه بحكم اهـ. ثم يبقى النظر هل يعذر فيه للمشهود عليه إن كان عدلاً أو لا لأنه قد سلم شهادته؟

رشد وأبو عمر معبراً بالإجماع، ووجه بمشاركة الناس له في العلم بحال العدل وغيره غالباً فتبعد التهمة، وبأنه لو لم يستند لعلمه فيهم لاستند لعلمه في الذين عدلوهم أو جرحوهم، فلم يكن بد من الرجوع لعلمه قاله الباجي وابن يونس. وإذا كان يعمل بعلمه في ذلك فعلم جرحة شخص وعدله آخرون لم يقبل تعديلهم، وكذا إن علم بعدالته فجرحه آخرون فلا يقبل تجريحهم، وهذا إذا جرحوه بمعين يعلم براءته منه كشرب خمر يوم كذا، والقاضي يعلم أنه أكره عليه وإلاّ قدم الجرح.

قولان. والمعتمد الأول لأنه يقول: ظننت أن لا يشهد بل في معاوضات المعيار في رجل شهدوا عليه فجرحهم ثم رضي بشهادتهم وقال: كل ما شهدوا به علي جائز فشهدوا عليه بذلك الحق، فأراد أن يقدح فيهم وقال: ظننت أنهم يرجعون إلى الحق أنه يمكن من القدح فيهم بعد أن يحلف أنه ما أجاز شهادتهم إلا ظناً بهم أنهم يرجعون للحق.

تنبيهات. الأول: ما مر من عدم لزوم الإقرار في هذه المسألة هو المشهور. وقال مطرف: ذلك لازم له، وثالثها أن تحقق ما نوزع فيه لم يلزمه وإلا لزمه وسواء في هذه الأقوال كان الشاهد عدلاً أو فاسقاً أو نصرانياً، وينبغي أن يقيد عدم اللزوم على المشهور بما إذا قال ذلك قبل أن يعرف بما في ذلك من الخلاف وإلا فتلزمه شهادته لأنه التزم قول قائل من أهل العلم وأراح الحاكم من النظر في مسألته قاله أبو الضياء. مصباح في النوازل المذكورة قال: وعليه يدل قول مالك في ضمان الغائب أنه ممن اشترط عليه الضمان من المتبايعين ورأى أن ذلك التزام لأحد القولين وبه العمل اهـ.

الثاني: لو عدل شخص رجلاً فشهد عليه بحق فذلك لازم له فإن أراد تجريحه بما حدث من القواد (ح) فيه بعد تعديله، فالظاهر تمكينه من ذلك، وانظر هل له ذلك بالقواد؟ (ح) التي قبل التعديل لأنها قد تخفى عليه حين التعديل أم لا؟ فإن شهد المعدل بالفتح بجرحة الأصل أو عدل القاضي شهوداً فشهدوا بجرحته فلا يقبل تجريحهم لأن القدح في الأصل قدح في الفرع قاله البرزلي. وأصله لابن رشد قال: ونظيره الرجل يتوفى وله أمة حامل وعبدان ويرثه غاصب فيعتق العبدين وتلد الأمة ذكراً فيشهد العبدان بعد عتقهما أن الأمة كانت حاملاً من سيدها المتوفى فإن شهادتهما لا تجوز لأنها تؤدي لإبطال عتقهما فيؤدي إلى إجازة شهادة العبد اهـ.

الثالث: لو رضي ذمي بشهادة مثله فقضى عليه حاكمهم بها فقال ابن الماجشون: له الرجوع وينقض الحكم قاله في الشامل.

٤٣ـ وفي سِوَاهُمْ مالِكٌ قَدْ شَدَّدَا فِي مَنْعِ حُكْمِهِ بِغَيْرِ الشُّهَدَا

(**وفي سواهم**) أي الشهود أي تعديلهم وتجريحهم (**مالك**) مبتدأ (**قد شددا**) خبره وفي

(**وفي سواهم**) أي سوى تعديلهم وتجريحهم وقول (خ) وشمل قوله وفي سواهم شهادته بما حكم به مما لا معنى له لأن كلام المصنف في حكم القاضي بعلمه لا في شهادته لغيره.

(مالك قد شددا في منع حكمه بغير الشهدا)

جمع شهيد أي بعلمه فلا يحكم بما علمه قبل ولايته إتفاقاً قاله ابن رشد، فإن حكم نقضه هو وغيره ولا بما علمه بعدها في غير مجلسه اتفاقاً حكاه ابن رشد أيضاً. فإن حكم به نقضه هو فقط على المشهور ولا بما علمه في مجلسه قبل أن يتحاكما ويجلسا للحكومة كسماعه إقرار أحدهما، فلما تقدم أنكر وهو فيه شاهد قاله اللخمي فإن كان الإقرار في مجلس الحكم فقال مالك وابن القاسم: لا يحكم حتى يشهد به عدلان. وقال أصبغ وسحنون ومطرف وابن الماجشون وعيسى: يحكم. قال ابن رشد: وهو دليل قوله ﷺ: «فأقضي له على نحو ما أسمع» ولم يقل ما شهد به عندي اهـ. وذكر الناظم أن به العمل الآن فقال:

سواهم يتعلق به وكذا قول (في منع حكمه) و (بغير الشهدا) متعلق بمنع فلا يحكم بما علمه قبل ولايته ولا بما علمه بعدها وقبل جلوسه للحكومة أو بعد الجلوس وقبل أن يجلسا للحكومة مثل أن يسمعهما أو أحدهما يقر للآخر، فلما تقدما للحكومة أنكر وهو في ذلك كله شاهد عند اللخمي وابن محرز وغيرهما، وقيل تقبل شهادته في ذلك كما لم يمض حكمه فيه فإن حكم بعلمه في شيء من ذلك نقضه هو وغيره إما اتفاقاً. في الأولى أو على المشهور فيما عداها (خ): أو بعلم سبق مجلسه (تت) ينقضه هو وغيره واستظهر ابن عبد السلام عدم نقضه مراعاة لمن أجاز له الحكم بعلمه مطلقاً كأبي حنيفة فقول (ق) ينقضه هو فقط على المشهور فيه نظر، ففي الشامل مشبهاً بما ينقضه هو وغيره، وكذا يعلم سبق مجلسه على الأصح الخ. ونحوه في النوادر ونقله (ح) عند قول (خ) وإن أنكر محكوم عليه الخ. وكذا نص عليه في الجواهر، فإن كان الإقرار بعد جلوسه للحكومة وتقدمهما إليه فقال مالك وابن القاسم، وهو المشهور: لا يحكم حتى يشهد عليه عدلان وعليه العمل كما في ابن سلمون والمفيد وغيرهما، وعليه فإحضار الشهود وقت جلوسه للحكومة واجب. وقال أصبغ وسحنون ومطرف وابن الماجشون: يجوز له أن يحكم عليه وعليه فإحضار الشهود مستحب، وتمسكوا بقوله عليه السلام: «إنكم لتختصمون لدي ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع» الحديث. إذ لم يقل على نحو ما ثبت عندي، وبه أخذ منذر بن سعيد القاضي، قال بعض الموثقين: ولم تزل القضاة تسقط في سجلاتها إثبات إقرار المقر وإنكار المنكر يعني عملاً بما لسحنون وعليه عول الناظم فقال:

٤٤ـ وَقَوْلُ سَحْنُونٍ بِهِ اليَوْمَ العَمَلْ فِيما عَلَيْهِ مَجْلِسُ الحُكْمِ اشْتَمَلْ

(وقول سحنون به اليوم العمل فيما عليه مجلس الحكم اشتمل)

يعني أن للقاضي أن يحكم على الخصم بمجرد إقراره بين يديه في كل ما احتوى عليه مجلس حكمه على ما به العمل اليوم، وهو قول سحنون وقبله ولده وغيره. ولم أر من صرح بهذا العمل بالأندلس، وإنما ذكر ابن رشد والمتيطي عن ابن الماجشون أنه قال: الذي عليه قضاؤنا بالمدينة ولا أعلم مالكاً قال خلافه أنه يقضي عليه بما سمع، والمشهور في المذهب أنه لا يقضي عليه إذا جحد إلا بالشهادة ويقبل قول القاضي إنه شهد عندي شهود في وجه كذا، وأنه قد أعذر إلى فلان في وجه كذا، وأنه أجّله فانصرمت الآجال ولم يأت بشيء وأنه عجزه اهـ. بل صرح ابن سلمون بعكس ما قاله الناظم. ونصه: ويعتمد القاضي على علمه في التعديل والتجريح اتفاقاً ولا يحكم بعلمه في شيء من الأشياء كان مما أقر به أحد الخصمين عنده أولاً إلا أن يشهد عليه بذلك شهيد عدل قاله ابن القاسم وبه العمل. وقال ابن الماجشون: يحكم عليه بما أقرَّ به عنده وإن لم يشهد عليه وهو قول عيسى وأصبغ وليس به عمل اهـ. ونحوه في المفيد وظاهر التوضيح، والحطاب أن هذا الخلاف ولو بقي المقر على إقراره. وقال طفي: محله إذا رجع وأنكر ونحوه في المقرب. وقال اللخمي في تبصرته: اختلف إذا أقر بعد أن جلس للخصومة ثم أنكر فقال مالك وابن القاسم: لا يحكم بعلمه. وقال عبد الملك وسحنون: يحكم ورأيا أنهما إذا جلسا للحكومة فقد رضيا أن يحكم بينهما بما يقو لأنه، ولذلك قصدا فإن حكم بما أقر به ثم أنكر بعد الحكم وقال: ما أقررت بشيء

وفي البرزلي قبيل النفقات: إن حكم القاضي بعلمه إنما يمنع فيما لم تكن فيه شهرة وإلا جاز ثم الخلاف المذكور في الإقدام على الحكم ابتداء أي: هل يقدم على الحكم بما سمعه ابتداء قبل الإشهاد عليه أم لا؟ وعلى الأول يحكم ولو أنكر وعلى الثاني الذي هو المشهور لا يحكم إلا إذا استمر. هكذا قرر الشيخ طفي هذا الخلاف قائلاً إن محله إذا أنكر قبل أن يحكم عليه، واستدل له بكلام اللخمي وابن رشد وغيرهما. قال: أما إذا استمر فمحل اتفاق أنه يحكم عليه، وظاهر (ح) و (عج) أن الخلاف عام استمر أم لا، فإن أنكر بعد الحكم فهو قول (خ) وإن أنكر محكوم عليه إقراره بعده لم يفده الخ، فمفهوم الظرف أنه إذا أنكر قبل الحكم فيفيده ولا يحكم عليه حينئذ على قول ابن القاسم، فإن حكم عليه فانظر هل يترجح النقض لأنه مقر بأنه استند في حكمه بعد الإنكار إلى علمه السابق عليه وهو ما يفيده الظرف المذكور أو ينقضه هو ولا ينقضه غيره، وهو قول ابن الحاجب. وأما ما أقرّ به في مجلس الخصومة فلا ينقض وهو الظاهر لقولهم ورفع الخلاف، لكن الجاري على ما للمتأخرين من أن القاضي محجور عليه الحكم بغير المشهور أن ينقضه هو وغيره. والحاصل أن استمرار إقراره وعدمه لا يعلم إلا من قول القاضي وإلا خرجنا عن موضوع المسألة فصار إذا قال القاضي استمر على إقراره حتى حكمت عليه ولم يفده إنكاره، وإن قال: حكمت عليه بعد الإنكار فتقدم أنه ينقضه هو ولا ينقضه غيره اللخمي: اختلف إذ أقر بعد أن جلس للخصومة، ثم أنكر فقال ابن القاسم: لا يحكم عليه، وقال عبد الملك وسحنون: يحكم ولذلك قصداه وإن لم ينكر حتى حكم ثم أنكر هذا الحكم. وقال: ما كنت أقررت بشيء لم ينظر لإنكاره، وهذا هو المشهور من المذهب وقال الجلاب: لم يمض عليه حكم الحاكم إلا ببينة يعني على إقراره وهو أشبه بقضاة الوقت لضعف عدالتهم قال: ولا أرى أن يباح القول الأول لأحد من قضاة الوقت اهـ. وما للجلاب نحوه لأبي بكر بن عبد الرحمن قال في مسائله حسبما في المتيطية أن قول ابن القاسم أصح لفساد الزمان، ولو أدرك عبد الملك وسحنون زمننا هذا لرجعا عما قالا، ولو أخذ الناس بقوليهما لذهبت أموال وحكم عليهم بما لم يقروا به اهـ. ونقله في التبصرة ونحوه قول ابن سهل: لو أدرك سحنون زمننا هذا لقال بقول ابن القاسم في كون الحاكم لا يستند لعلمه فيما أقرّ به أحد الخصمين بين يديه اهـ. قال وقوله عليه السلام: «فأقضي له على نحو ما أسمع» الخ. مؤول عند ابن القاسم أي إذا شهد بذلك عندي ابن

لم ينظر إلى إنكاره على المشهور، وقال الجلاب: لم يمض عليه حكم الحاكم إلا ببينة على إقراره وهو الأشبه في قضاة الوقت لضعف عدالتهم. وقال ابن سهل بعد أن ذكر الخلاف المذكور ما نصه: ولو أدرك سحنون زماننا هذا لقال بقول ابن القاسم في كون الحاكم لا يسند لعلمه فيما أقرّ به الخصم بين يديه. قال الشيخ ابن رحال: ولو أدرك ابن سهل زماننا هذا في حدود الثلاثين بعد المائة والألف لجزم بأنه لا يحل الحكم بقول سحنون، وهو الذي أدين الله به وأتقلده اهـ. وبه أقول. ثم لا شك أن وقتنا هذا في حدود الثمانين شرّ منه وعليه فلا يقبل اليوم أيضاً قوله شهد عندي في كذا أو أجلته أو أعذرت إليه إلا ببينة (خ) وسمى الشهود وإلاّ نقض.

المواز ولا خلاف أعلمه بين أصحاب مالك في كون القاضي لا يقضي بما سمعه في مجلس قضائه وقاله مالك بن سهل. ولقد صدق ابن المواز في قوله: أعلمه لأنه لم يعلم قول ابن الماجشون وغيره بأنه يقضي بما سمع المتيطي: لم تزل القضاة بالأندلس تسقط في سجلاتها ثبوت إقرار المقر وإنكار المنكر من الخصمين حتى تولى أحمد بن تقي القضاء بقرطبة فأحدث في سجلاته أنه ثبت عنده إقرار المقر وإنكار المنكر، وهو مذهب ابن القاسم وأشهب، وبه عملت القضاة بعده، وقال مطرف وابن الماجشون: ما أقر المقر به المقرّ بين يديه يؤاخذ به ولذلك جلس ليلزم كل واحد منهما مقالته يعني بغير إثبات ثم ذكر ما مر عن أبي بكر بن عبد الرحمن. وقال المازري: من الحكمة والمصلحة منع القاضي الحكم بعلمه خوف كونه غير عدل فيقول علمت فيما لا علم له به اهـ. فتعليلهم بما ذكر يدل على أنهم فهموا قول ابن القاسم على ما فهمه الجلاب من أنه لا يحكم عليه ولو استمر على إقراره وإن فعل فهو مردود وهو ما فهمه ابن القصار والقرافي وغيرهما، قال القرافي في قواعده: القضاء بعلم الحاكم عندنا وعند ابن حنبل يمتنع لوجوه أنه عليه السلام قال: «شاهداك أو يمينه ليس لك إلاّ ذاك». فحصر الحجة في البينة واليمين دون علم الحاكم وهو المطلوب، وإن الحاكم غير معصوم فيتهم في القضاء بعلمه على عدو أو صديق ونحن لا نعرف ذلك فحسبنا ذلك صوناً لمنصب القضاء عن التهم، وأن ابن عبد البر قال في الاستذكار: اتفقوا على أن القاضي لو قتل أخاه لعلمه بأنه قاتل ولي خصمه أنه كالقاتل عمداً لا يرث منه شيئاً للتهمة في الميراث فقيس عليه بقية الصور بجامع التهمة اهـ بحذف ما لم يتعلق به غرض، فهذا يدل على أن مالكاً وابن القاسم وأشهب يقولون: لا يحكم بعلمه ولو مع استمرار المقر إذ التهمة لا تنتفي بذلك، وأيضاً قضاؤه بعلمه السابق على مجلسه إنما منع للتهمة فكذلك ما كان بمجلسه إذ الكل لا يعلم إلا من قوله كما مر فأما أن يقال بالجواز في الجميع كما عليه الحنفية أو بالمنع في الجميع كما عليه الإمام وابن القاسم، ويدل لهذا ما يأتي من الخلاف في الإعذار في شاهد المجلس إذ لو كان يمضي حكمه مع الاستمرار ما قال قائل بوجوب الإعذار فتأمل ذلك، فهذا كله يضعف ما مر عن (خ) ويقوي ما مر عن الجلاب ومن معه ولهذا رجحه غير واحد من المتأخرين. قال في أقضية المعيار: الذي عليه العمل أن لا يحكم الحاكم بعلمه ولا ينفذه إلا بعدلين وعليه فلا يقبل قول القاضي شهد عندي بكذا أو أعذرته إلى فلان أو أجلته أو عجزته إلا ببينة، ومنه قوله: رفع على خطهما عدلان فقبلا بل لا بد من تسميتهما والإعذار فيهما، وأحرى لو قال عرفت خطهما أو قال: ثبت عندي جرحتهما ولم يعين المجرح كما يأتي في البيت بعده وما لابن رشد وابن بطال: مما يخالف هذا حسبما في التبصرة وهو الذي أشار له (خ) بمفهوم قوله: ولا تقبل شهادته بعده أنه قضى بكذا كله لا يعول عليه، وسواء كان على وجه الخطاب أو الشهادة كما لابن رحال وغيره وسيأتي في فصل مسائل من أحكام البيع أن ما للخمي هو المعمول به قاله ابن حجر أيضاً والتالي وعليه فلو قال الناظم:

والقاضي لا يقضي بلا عدل على ... إقرار خصمه لديه مسجلا
كقولك أجلت في الإعذار ... وينقض الحكم على المختار

٤٥ـ وَعَدْلٌ إِنْ أَدَّى عَلَى مَا عِنْدَهُ ... خِلاَفُهُ مُنِعَ أَنْ يَرُدَّهُ

(وعدل) المراد به الجنس فيشمل الواحد فأكثر وهو مبتدأ وسوغ الابتداء به الشرط الذي هو **(إن أدى)** أي شهد لأنه في معنى الصفة أي مؤد **(على ما)** شيء يتعلق بأدى وقوله **(عنده)** أي القاضي **(خلافه)** جملة من مبتدأ وخبر صفة لما وقوله **(منع أن يرده)** جواب الشرط والشرط وجوابه خبر المبتدأ أي منع أن يرد شهادته وإن كان يعلم خلافها كأن يشهدوا بتعمير ذمة وهو يعلم أن ذلك صوري فقط ونحو ذلك لأنه يؤدي إلى الحكم بعلمه بإسقاط حق القائم بشهادة العدل.

٤٦ـ وَحَـقُّـهُ إنْـهَـاءُ مـا فـي عِـلْـمِـهِ لِـمَـنْ سِـواهُ شـاهِـداً بِـحُـكْـمِـهِ

(وحقه) أي القاضي العالم خلاف ذلك وهو مبتدأ خبره قوله **(إنهاء ما في علمه)** أي رفع شهادته **(لمن سواه)** من القضاة وولاة السوق والأمراء، ولمن حكمه الخصمان حال كون القاضي **(شاهداً بحكمه)** أي في رتبة الشاهد فينزل عن رتبة القاضي وحكمه إلى رتبة الشاهد وحكمه قال في التبصرة: وإذا شهد عند القاضي شهود عدول بما يعلم خلافه فلا يحل له أن يقضي بشهادتهم ويدفع الخصمين عن نفسه، ويكون شاهداً عند من يتحاكمان إليه ذكره ابن العطار. وقال ابن المواز: إذا شهد العدول عند القاضي بشيء يعلم أنه باطل فلا يجوز له أن ينظر شهادتهم وينفذها بعد الانتظار اليسير قال: وأرى أن يعلم الذي حكم عليه أن له عنده شهادة تناقض ما شهدوا به الخ. وهو يفيد أنه ينفذها، وإذا أنفذها لا ينقض حكمه، ولكن يخبر المحكوم عليه بما في علمه، وعن سحنون أنه لا ينفذها لأنه قال: لا يجوز لي أن أحكم بشهادتهما ولا أن أردها لظهور عدالتهما ولكن أرفع ذلك لمن فوقي وأشهد بما علمت وغيري بما علم، وكذا لو شهد القاضي في قضية مع شاهد آخر لا يستقل الحكم به فإنه يرفع ذلك لمن فوقه، ثم هل يجوز أن يشهد ولو عند من تحته من نوابه أو لا يجوز له ذلك لأنه كأنه شهد عند نفسه قولان، وعلى الثاني اقتصر أبو الحسن قال: يرفع القضية إلى من فوقه ويشهد عنده ولا يحكم في ذلك بعلمه

(وعدل) مثلاً أو عدلان أو المراد الجنس **(إن أدى)** أي شهد **(على ما)** أي أمر **(عنده)** أي عند القاضي **(خلافه)** لتيقنه من جهة أخرى **(منع أن يرده)** أي منع أن يرد شهادته لعدالته عند القاضي ومنع أيضاً أن يحكم بها لمخالفتها في نفس الأمر.

(وحقه) أي القاضي حيث علم خلاف ذلك **(إنهاء ما في علمه)** أي رفع شهادته فلم يرد بالإنهاء هنا معناه المصطلح عليه **(لمن سواه)** أي لغيره من القضاة أو لمن حكمه الخصمان حال كون القاضي **(شاهداً بحكمه)** أي على حكم الشاهد وفي رتبته أو شاهداً بحكم ما عنده وفي علمه أو لفظ حكم مقحم والمعنى شاهداً به أي بما في علمه، وأشار بذلك إلى ما رواه ابن يونس عن سحنون: لو شهد عندي عدلان مشهوران بالعدالة، وأنا أعلم خلاف ما شهدا به. لم يجز أن أحكم بشهادتهما ولا أن أردهما، ولكن أرفع ذلك للأمير الذي فوقي وأشهد ما علمت وغيري بما علم.

فرع: قال المتيطي: وإذا علم السلطان الأعلى لرجل حقاً وأراد أن يشهد به عند قاضيه ففي المدونة أن ذلك جائز، وقيل: لا يشهد عنده لأنه الذي قدمه فكأنه شهد عند نفسه وبالأول القضاء اهـ. ومثله القاضي عند من يوليه.

ولا يقدم من يؤدي عنده لأن مقدمه كهو على ما لا يخفى اهـ. وهذا في غير السلطان الأعلى يشهد عند قاضيه وإلا فيجوز على ما به العمل كما في المتيطية فإن كان المرفوع إليه بعيداً بحيث لا يلزم الرافع الأداء منه فله أن يشهد على شهادته عدلين وينقلانها عنه، وأفهم قوله عدل أن هذا في ظاهر العدالة المشهور بها كما في النقل كان منتصباً للشهادة أم لا سواء قدمه هذا القاضي لها أو غيره ممن قبله وسواء زكي عنده أم لا. إذ قبول من قبله لشهادته وحكمه بها يوجب عليه قبولها دون تزكية ولا معرفته بعدالته كما لابن رشد في أجوبته فإن كان مجهول الحال فهو ما مر في قوله: وفي الشهود يحكم القاضي الخ. إذ لا تهمة تلحقه في عدم قبوله، وظاهره أنه لا يردها بعلمه الجرحة بالأحرى وهو كذلك، وإلاَّ أدى إلى إبطال حق القائم في ردها بعلمه وما مر من أنه يستند لعلمه في التجريح إنما هو في غير المنتصب للشهادة أو في المنتصب لها بالنسبة لتأخيره عنها في المستقبل لا بالنسبة لإبطال الحقوق فيما مضى لأنه تصير الأحكام حينئذ دائرة على علم القاضي فمهما أراد إثبات حق أو إبطاله قال: إن شاهده معدل أو مجرح ولذا علل جواز استناده لعلمه فيهما بما إذا اشتهر عند الناس كما مرّ وقد قال ابن عرفة في قاض آخر شاهداً عن الشهادة فأتى من بعده ورده إلى الشهادة وتبطلت حقوق كثيرة بسبب التأخر المذكور مع أنه لم يجرحه أحد من القضاة عدا من ذكر فإنه يجب البحث الآن عن حال الشاهد المذكور فإن تحصل عند من له الأحكام جرحته أو عدالته عمل على ذلك، وإن لم يتحصل له شيء أمضى شهادته. البرزلي: إنما اختار البحث المذكور لغلبة الهوى على القضاة، وإلاَّ فالرواية إذا تقادمت جرحة الشاهد وكانت ثابتة عند القاضي ومضى لها أشهر، ثم أتى من زكاه بعد ذلك أنه يقبله ويحمل على انتقاله إلى خير اهـ، وذكر في نوازل الأيمان أن التجريح لا يصلح بأمر محتمل، وقد قالوا في استفسار اللفيف ونحوه لا بد أن يكون بمحضر عدلين فراراً من أن يكون حكم بعلمه لأن اللفيف غير عدول، فإذا رتب الحكم على أدائه الذي غاب عليه ولم يعلمه غيره فقد رتبه على علمه قاله ابن لب والمكناسي وغيرهما. وقال ابن الحاجب: ولو سأله ذو الحق عن المجرح فعلى الحاكم إخباره به المتيطي: من حق الشاهد والمشهود له أن يعلما بالمجرح، فقد تكون هناك عداوة أو قرابة يمنعان التجريح، واختلف إذا كان الشاهد والمشهود له ممن يتقى شره فقال سحنون: يعلم، وقال ابن القاسم: إذا قال المجرح أكره عداوة الناس جاز التجريح سراً اللخمي: وقول سحنون أحسن لفساد القضاة اليوم ابن رحال في شرحه: وما قاله اللخمي حسن غاية لأنه إذا كان ذلك في قضاة زمانه فكيف بقضاتنا اليوم؟

قلت: وما لسحنون مثله لابن حبيب قال: التجريح لا يكون إلا علانية إذ لا بد من الإعذار في شهادة المجرحين، وهذا التعليل يوجب أن لا يقبل التجريح سراً من قضاة الوقت كان المشهود له ممن يتقى شره أم لا وما لابن عبد السلام من قبوله سراً على أظهر القولين ونحوه لشراح المختصر مبني على نفي التهم عن القضاة، ومذهب المدونة يجوز لمن يخشى منه كما يأتي في فصل الإعذار، وقد تقدم عن القرافي وابن سهل وغيرهما ضعفه وهذا كله في غير المشهور بالعدالة المنتصب لها، وأما ما عمت به البلوى في هذا الزمان من كون القاضي ينصب شهوداً أو يجدهم منتصبين ويقرهم على ذلك، ثم بعد تحملهم للحقوق من ديون وغيرها يظهر له تأخيرهم عنها، ويبطل رسوم تلك الحقوق كلها ويعتل بأنه يستند لعلمه في التجريح وإن الجرحة إذا

طرأت بعد الأداء فهي مؤثرة فكيف بها قبل الأداء لأن العبرة بزمن الأداء فلا أخالهم يختلفون في عدم قبول قوله بالنسبة لما مضى إذ ليس قبول قوله بالتجريح الآن بأولى من قوله بالتعديل أو لا بالنسبة لما شهدوا به من الديون وغيرها، لأنه قد استند إلى علمه في إبطال تلك الحقوق بعد وجوبها لأربابها بتعديله الأول وهو من التلاعب بحقوق المسلمين وفي ضيح ما نصه: فإن استحق الشاهد الحر برق لم ترد شهادته لأنه قد لا يعرف غيره الحق المشهود به اهـ. ونقله (ز) وغيره أول الشهادات وهو صريح فيما قلناه، وفي المعيار قد شاع وذاع عن القضاة عزل بعض من لا يستحق العزل وتقديمهم لمن لا يصلح تعديله لهواه أو لكونه قريبه أو صديقه أو صهره أو لمعروفه عليه، وذلك كله من الهوى والفساد أعاذنا الله من ذلك. وتقدم عن البرزلي الرواية إذا تقادمت جرحة الشاهد الخ. وأشار به إلى قول أصبغ: إذا علم القاضي جرحته وقت الشهادة أو بقرب ذلك عمل عليها وأما إن طال الزمان، فهذا بمنزلة من جهل حاله إذا عدل عنده قبله يعني وبالعكس، ولذا قال اللخمي في تعارض بينتي التعديل والتجريح في مجلسين متغايرين قضى بشهادة الجرح لأنها زادت علماً في الباطن، وإن تباعد ما بين المجلسين قضى بأحدثهما تاريخاً، ويحمل على أنه كان عدلاً ففسق أو فاسقاً فعدل الخ. والمقصود منه قوله: وإن تباعد الخ. وبهذا كله تعلم أن قول (خ) عاطفاً على المبطلات لا إن حدث فسق بعد الأداء مقيد بما إذا حدث وقت الشهادة أو قربها وإلاَّ فهو من الاستصحاب المعكوس وهو ضعيف عند الأصوليين وخلاف الرواية كما ترى، ولذا قالوا: إذا قام للصبي شاهد واحد حلف المطلوب وسجلت شهادته لئلا يطرأ فسقه كما يأتي، ولا يقال تسجيل شهادته بمنزلة الحكم بها وطرو الفسق بعد الحكم غير مضر لا يقتضيه كلام (ز) لأنا نقول هذا يقتضي أن الشاهد للصبي إذا رجع بعد تسجيلها وكتبها يغرم وليس كذلك لأنه لا حكم أصلاً إذ الحكم يتوقف على يمين الصبي بعد البلوغ، وإذا ثبت هذا الحكم في الشاهد للصبي فكذلك الشاهد لغيره لا يضر طرو الفسق له بعد، وبما إذا كانت الشهادة استرعائية لا أصلية كما يأتي عند قول الناظم: وزمن الأداء لا التحمل، وبما إذا كان الطارىء مما يخفى كالزنا ونحوه لا كالقتل والعداوة كما للخمي والمازري قال في ضيح عند الكلام على شهادة النقل وهو كلام صحيح، وبما إذا ثبت الفسق لا بالتهمة عليه كما لشراحه والله أعلم. وهذا في الحقيقة من تعارض التعديل والتجريح وسيأتي بقية الكلام عليه في محله إن شاء الله تعالى.

تنبيه: إذا تقرر ما تقدم وعلمت أن التأخير عن الشهادة لدعوى القاضي جرحته لا يبطل الحقوق التي كان شهد بها قبل ذلك ومات هذا المؤخر أو غاب قبل أدائها فإنه يرفع على خطه ويقولون مثلاً كان متصفاً وقت تاريخ الرسم أعلاه بقبول الشهادة، ولا زال على ذلك إلى أن أخر عنها لغير موجب في علمهم.

٤٧ـ وعِلْمُه بِصِدْقِ فِي غَيْرِ العَدْلِ لاَ يُبِيحُ أنْ يَقْبَلَ مَا تَحَمَّلاَ

(وعلمه) أي القاضي **(بصدق غير العدل)** يشهد عنده ظاهره كان ظاهر الجرحة أو مجهول الحال. وهو كذلك لأنه محمول عليها **(لا يبيح)** له **(أن يقبل ما تحملا)** غير العدل والجملة خبر

(وعلمه) أي القاضي **(بصدق غير العدل)** يشهد عنده **(لا . يبيح)** له **(أن يقبل ما تحملا)** غير

عن قوله علمه وبصدق يتعلق به، وإنما لم يصح له قبوله لأنه آيل إلى الحكم بعلمه وسبب لتطرق التهمة إليه لأن غير العدل كالعدم فرد شهادته حق لله ولذا قال ابن عرفة: الحكم برد شهادة الفاسق حق لله ولو شهد بحق اهـ. وأيضاً لا بد أن يقول في حكمه بعد أن صحت عندي عدالتهما وهو إنما صح عنده جرحتهما أو لم يصح عنده شيء، فإن وقع وحكم فينقضه هو وغيره (خ) عاطفاً على ما ينقض به الحكم أو أظهر أنه قضى بعبدين أو فاسقين ومفهوم صدق غير العدل أنه إذا علم بكذب العدل فهو ما قبله.

٤٨ـ ومَنْ جَفا القاضِي فالتَّأدِيبُ أوْلى وَذَا لِشَاهِدٍ مَطْلُوبُ

(ومن جفا القاضي) أي لمزه بما يكره في مجلس حكمه فقال: ظلمتني مثلاً وأراد أذاه **(فالتأديب)** له أي التعزير إذا كان القاضي من أهل الفضل **(أولى)** من العفو عنه، وظاهره أنه يستند لعلمه في ذلك وهو كذلك، وقولي بمجلس حكمه احترازاً مما إذا كان ذلك بغيره فليس له ذلك ولو ثبت ببينة لأنه لا يحكم لنفسه في مثل ذلك ويرفعه لغيره إن شاء، وقولي لمزه احترازاً مما إذا صرح له بالإساءة فيجب التأديب حينئذ كما لابن عبد السلام. ونقله في التبصرة. وقولي: ظلمتني ليس من الصريح لإمكان أن يريد المجاز. ومن موصولة مبتدأ، والجملة من قوله: فالتأديب أولى خبره والرابط محذوف ودخلت الفاء في الخبر لأن الموصول لعمومه كالشرط. **(وذا)** التأديب **(لشاهد)** أي لجفائه أو جفاء الخصم أو المفتي **(مطلوب)** أي واجب كأن يقول له شهدت عليّ بزور أو ما أنت من أهل العدالة والدين، ولا يجوز العفو عنه حيث كان بالمجلس قامت به بينة أم لا. لانتهاكه حرمة الشرع فإن كان بغير المجلس وثبت ببينة فالحق حينئذ

العدل لأن شهادته كالعدم فلم يبق إلا علم القاضي وهو لا يحكم بعلمه. وقال سحنون: لم أقض بشهادتهما لأني أقول في حكمي بعد: صحت عندي عدالتهما، وإنما صح عندي جرحتهما.

فرع: من هذا المعنى من قام برسم شهادة عدلين ميتين أو غائبين ولم يوجد من يرفع على خطهما والقاضي يعرف خطهما فلا يحكم بذلك الرسم لأنه من الحكم بعلمه قال المكناسي في مجالسه.

(ومن جفا القاضي) بأن أساء عليه في مجلس حكمه **(فالتأديب)** له وتعزيره **(أولى)** من العفو عنه (خ) وتأديب من أساء عليه إلا في مثل: اتق الله في أمري فليرفق به. أي بأن يقول: رزقني الله وإياك تقواه، كما قال مالك للرجل الذي سجن ابنه بفتواه لما قال له: اتق الله يا مالك والله ما خلقت النار باطلاً. قال: من الباطل ما فعله ابنك، وفي سماع ابن القاسم قيل له: أرأيت الذي يتناول القاضي بالكلام لقد ظلمتني قال: إن ذلك يختلف ولم نجد فيه تفسيراً إلا أن وجه ما قال إذا أراد أذاه، وكان القاضي من أهل الفضل فله أن يعاقبه، وما ترك ذلك حتى خاصم أهل الشرف في العقوبة في الإلداد اهـ. أي ما ترك الإيذاء للقضاة حتى قام أهل الشرف والفضل منهم بالعقوبة في ذلك، فترك أذى الجميع. هذا ما ظهر لي. وقال الحطاب: لم أفهم معنى هذا الكلام **(وذا)** أي التأديب **(لشاهد مطلوب)** أي يطلب التأديب لجفاء الشاهد أيضاً كأن يقول له: شهدت علي بزور أو بما يسألك الله عنه أو ما أنت من أهل العدالة أو الدين قال سحنون: فيؤدب بقدر الرجل المنتهك حرمته وقدر الشاتم في إذايته للناس إلا أن يكون من أهل الفضل وذلك منه فلتة فليتجاف عنه كما

للشاهد ونحوه لا لله ويؤدب في ذلك كله بقدر الرجل المنتهك حرمته، وقدر الشاتم في إذاية الناس إلا أن يكون الشاتم من أهل الفضل وذلك منه فلتة فليتجاف عنه كما قال:

٤٩ـ وَفَلْتَةٌ مِنْ ذِي مُرُوءَةٍ عَثَرْ فِي جَانِبِ الشَّاهِدِ مِمَّا يُغْتَفَرْ

(**وفلتة**) مبتدأ سوغ الابتداء به وصفه بقوله: (**من ذي مروءة**) وقوله: (**عثر**) في موضع الصفة لذي أو في موضع الحال من فلتة لتخصيصه بالصفة والرابط محذوف أي بها و(**في جانب الشاهد**) يتعلق به ومثله من ذكر معه و(**مما يغتفر**) خبر المبتدأ (خ) وتأديب من أساء عليه أو على خصمه أو مفت أو شاهد لا بشهدت علي بباطل كخصمه كذبت الخ.

٥٠ـ وَمَنْ أَلَدُّ فِي الْخِصَامِ وَانْتَهَجْ نَهْجَ الْفِرَارِ بَعْدَ إِتْمَامِ الْحُجَجْ

(**ومن ألد في الخصام**) أي أكثر منه وهو اسم شرط أو موصول مبتدأ (**وانتهج**) معطوف على الصلة (**نهج الفرار**) مصدر نوعي أي سلك طريقه خوفاً من القضاء عليه وثبت ذلك عليه ببينة لا بقول الرسول فلا يخلو من ثلاثة أوجه فإن كان ذلك (**بعد**) الحضور بين يديه و(**إتمام الحجج**) التي يدلي بها وسؤاله عنها وعجزه عن الطعن في حجج خصمه بعد الإجالات والتلومات كما هو ظاهره فهذا:

٥١ـ يُنَفِّذُ الْحُكْمَ عَلَيْهِ الْحَكَمُ قَطْعاً لِكُلِّ مَا بِهِ يَخْتَصِمُ

(**ينفذ الحكم**) بالنصب مفعول مقدم (**عليه الحكم**) بفتح الكاف لغة في الحاكم فاعل بقوله ينفذ (**قطعاً**) حال أي قاطعاً (**لكل ما به يختصم**) والجملة خبر من أو جوابه وسواء كان المتنازع فيه عقاراً أو غيره كما هو ظاهره وإن وجبت له يمين قضاء أو استحقاق وكل الحاكم من يقتضيها له ويشهد بذلك ولا تسمع له حجة يأتي بها بعد ذلك لأنه بمنزلة الحاضر وإن كان ذلك قبل نشب الخصومة أو بعد نشبها بين يديه وقبل استيفاء النظر فيها فهو قوله:

٥٢ـ وَغَيْرُ مُسْتَوْفٍ لَهَا إِنِ اسْتَتَرْ لَمْ تَنْقَطِعْ حُجَّتُهُ إِذَا ظَهَرْ

(**وغير مستوف لها**) أي للحجج فيشمل من لم ينشبها بالكلية لأن السالبة لا تقتضي وجود الموضوع (**إن استتر**) أي دام استتاره بعد أن فعل القاضي به ما مر في قوله: ومن عصى الأمر ولم يحضر طبع. الخ، فهذا تسمع البينة في غيبته إن تغيب قبل سماعها على المذهب، وإذا

أشار إليه بقوله: (**وفلتة من ذي مروءة عثر. في جانب الشاهد**) متعلق بعثر (**مما يغتفر**) خبر المبتدأ. ومثل الشاهد في ذلك أحد الخصمين يشتمه الآخر فلو قال الناظم في الخصم والشاهد: مما يغتفر لأفادهما ومثلهما المفتي (خ) ومن أساء على خصم أو مفت أو شاهد لا يشهد (ت) علي بباطل كخصمه كذبت (**ومن ألد في الخصام**) أكثر منه (**وانتهج. نهج الفرار**) أي سلك طريقه بأن فر من القضاء وتغيب عن مجلس الحكم فإن كان (**بعد إتمام الحجج**) له وإثباتها وسألته عن كل ما تريد أن تسأله عنه واستقر علم ذلك كله عندك ولم تبق له حجة فإنه يقضي عليه في غيبته قاله مالك في سماع ابن غانم، وإليه أشار بقوله: (**ينفذ الحكم عليه الحكم قطعاً**) أي حال كون الحاكم قاطعاً (**لكل ما به يختصم**) فلا تسمع له حجة بعد إذا أتى بها (و) إن كان تغيب وهو (**غير مستوف لها**) أي لحججه (**إن استتر**) فحكم عليه.

سمعت فيحكم عليه بمقتضاها كما يحكم عليه إن تغيب بعد أن سمعها وقبل استيفاء حججه ولا يقيم له وكيلاً على المعتمد، ومذهب ابن القاسم لأن الوكيل لا يعرف حجج الموكل، فالقضاء عليه وإرجاء الحجة أنفع له كما قال (**لم تنقطع حجته**) التي يأتي بها من الطعن في البينة التي لخصمه أو معارضتها ببينة البراءة ونحو ذلك (**إذا ظهر**) بعد أن قضى عليه وقيل يقام له الوكيل ولا ترجى له حجة فغير بالرفع مبتدأ ويجوز نصبه على الحال من ضمير استتر وجملة لم تنقطع خبر وجواب.

٥٣ـ لَكِنَّمـا الحُكْمَ عَلَيْهِ يُمْضِي بَعْـدَ تَلَـوُّمٍ لَـهُ مَـنْ يَـقْضِـي

(**لكنما**) استدراك وما كافة (**الحكم عليه**) بالنصب مفعول (**يمضي**) بضم الياء مضارع أمضى ويجوز رفعه بالابتداء والجملة بعده خبره، والرابط محذوف أي يمضيه ويجوز قراءته بفتح الياء وضميره يعود على الحكم هو الرابط ومن يقضي فاعل المصدر في قوله: (**بعد تلوم له**) أي لغير المستوفي (**من يقضي**) فاعل يمضي على ضم يائه والضمير في تلوم يعود عليه فهو عائد على متأخر لفظاً لا رتبة، وظاهره أن الأول لا يتلوم له وهو كذلك لأن الغرض أنه فر بعده وظاهره أيضاً أن غير المستوفي لا تنقطع حجته، ولو قال لخصمه: إن لم أحضر معك عند القاضي في أجل كذا فدعواك حق ودعواي باطلة ونحوه، وهو كذلك كان طالباً أو مطلوباً (خ) كقوله: أجلني اليوم فإن لم أوافك غداً فالذي تدعيه حق، ومفهوم قوله: إذا ظهر أنه لا كلام لوارثه في نقض الحكم قبل ظهوره ولو طالت غيبته وهو كذلك لأن كل أمر يتوقف ثبوته وإبطاله على اختيار شخص فالحكم بالصحة والإبطال قبل علم ما عنده محال إذ قد يقدم فيقر بوقوع الحكم على الصواب، وظاهره إذا أتى بالحجة وعجز خصمه عن معارضتها يبطل الحكم وينقض البيع ويرد الغرماء ما أخذوه وهو كذلك قاله المازري ويأتي في فصل الحكم على الغائب ما يخالفه ولا مفهوم لقوله بعد تلوم لأنه إذا لم يتلوم ترجى له الحجة بالأحرى وأشعر قوله ينفذ، وقوله: يمضي أنه مستوطن في محل ولايته أو له مال ظاهر أو كفيل أو وكيل وإلا يكن شيء من هذه الأمور، فالحكم عليه كالحكم على من ليس في إيالته، وقد تقدم. والحكم في المشهور حيث المدعى عليه وشمل قوله نهج الفرار ما إذا فرّ حقيقة أو حكماً كما لو مرض أو سجن وامتنع من التوكيل فيجري على التفصيل المتقدم قال في الشامل: وحكم من تعذر أو تغيب كالغائب فيتلوم له إن تغيب قبل استيفاء حججه ثم قضى عليه وترجى حجته وبعد استيفائها يقضى ولا حجة

(**لم تنقطع حجته**) التي يأتي بها بعد (**إذا ظهر**) بعد أن أمضى عليه الحكم (**لكنما الحكم عليه**) بالنصب مفعول (**يمضي**) بالضم من أمضى (**بعد تلوم له**) أي لهذا الثاني (**من يقضي**) فاعل يمضي أو تلوم، والمعنى أن من فر بعد استيفاء حججه حكم عليه بلا تلوم وتنقطع حجته ومن فر قبل استيفائها لم يحكم عليه إلا بعد أن يتلوم له وهو على حجته، قال ابن رشد: إذا تغيب المطلوب بعد استيفاء جميع حججه وهرب فراراً من القضاء عليه، فإنه يقضي عليه ويعجزه ولا يكون له إذا قدم أن يقوم بحجته بمنزلة أن لو قضى عليه وهو حاضر وأما إن تغيب قبل أن يستوفي جميع حججه، فالواجب في ذلك أن يتلوم له فإن تمادى في المغيب قضى عليه من غير أن يقطع حجته اهـ. فإن تغيب بعد الحكم عليه وبقيت له اليمين وكلّ القاضي من يقبضها له ويشهد بذلك.

له. ومضى إن كان له مال ظاهر وإلاَّ ختم على بابه، فذكر ما مرّ عند قوله ومن عصى الأمر الخ. وقوله: تعذر أي بسبب تعصبه بذي جاه أو مرض أو سجن كما مرّ، ولا بد من تسمية الشهود كما يأتي في فصل الحكم على الغائب.

فصـــل في المقال

أي دعوى المدعي (والجواب) ما يجيب به المطلوب فإن قيدت الدعوى في كتاب فهو التوقيف الآتي ذكره، ومن الدعوى ما يجب كتبه وما يحسن ترك كتبه وما يجوز فيه الأمران والكتب أحسن كما يأتي إن شاء الله. واعلم أن من ادعى شيئاً بيد غيره فأما أن يدعي أنه له أو وصل إليه من موروثه أو يدعي فيه بالنيابة عن غيره بإيصاء أو وكالة، فإذا صحت الدعوى في الجميع بشروطها المتقدمة وأثبت مع ذلك في الوجهين الأخيرين موت الموروث وعدة ورثته وتناسخ الوراثات إلى أن وصلت إليه، وأثبت الإيصاء والتوكيل كلف المطلوب حينئذ بالجواب، فإذا أجاب بإقرار صريح فله الإشهاد عليه، وللحاكم تنبيهه عليه وليس من الصريح قوله: وأنا لي عليك كذا جواباً لقوله: لي عليك كذا لإمكان أن يكون مراده مقابلة الباطل بالباطل قاله المازري، ونقله في التبصرة. وكذا قوله: هب أني فعلت كذا قاله (غ) في التكميل ونقله ابن رحال في الارتفاق مسلماً قائلاً مهما لاح الاحتمال في الإقرار عندهم بقي الشيء على أصله اهـ. وهو ظاهر لأنه يحتمل أن يقوله إرخاء للعنان وتقديراً لصدور ذلك منه، ولا شك أن قائله على هذا الوجه ليس بمقر وتأمله مع ما في أواسط أجناس المعيار من أنه إذا قال: هب أني بعت منك فإن أمي لم تبع أن ذلك إقرار على الأرجح وأطال في ذلك فانظره، فإن قال لي عليك عشرة فقال: لا أدري أعشرة هي أم خمسة فإقرار وتلزمه العشرة إن حققها الطالب قاله في معاوضات المعيار ونحوه في باب العيوب من المتيطية، وإن شكا معاً فقيل يقسم المشكوك، وقيل يسقط. وكذا إن قال: أسلفتك أو أودعتك عشرة، وقال الآخر: بل قبضتها عن مثلها لي عليك فقيل لا شيء عليه لأنه ما أقر إلا بقبض شرط فيه أنه يستحقه فلا يؤاخذ بأكثر مما أقر به، وقيل القول للدافع في صفة ما دفع، وهو يدعي أنه دفع سلفاً لا قضاء حكاهما المازري. ونقلها في ضيح في باب الحوالة، واقتصر أبو الحسن في باب الشهادات وغيره على الثاني، فيفيد أنه المعتمد وفي إقرارات المعيار إذا قال: ألم تسلفني مائة دينار ورددتها إليك فقال: ما رددت إلي شيئاً فقال: ما أسلفتني إذاً شيئاً أنه لا يلزمه شيء اهـ. وتأمله مع قول (خ) عاطفاً على ما يلزمه فيه الإقرار أو أليس ما أقرضتني أو ما أقرضتني أو ألم تقرضني الخ. فإن قال له عليَّ ألف من ثمن خمر ونحوه فقال القرافي، في فروقه مقتصراً عليه أنه ليس بإقرار قال: لأن الكلام بآخر، والقاعدة أن كل كلام لا يستقل بنفسه إذا اتصل بكلام مستقل بنفسه يصير المستقل غير مستقل قال: وقوله من

فصـــل في المقال

أي دعوى المدعي. (والجواب) أي ما يجيب به المدعى عليه، فإن قيدت الدعوى في كتاب فهو التوقيف كما يأتي قريباً. اعلم أن المدعي إذا صحت دعواه وأمر المطلوب بالجواب فإن أقر أو أنكر فواضح، وإن امتنع منهما فهو قوله هنا.

ثمن خمر لا يستقل بنفسه فيصير الأول المستقل غير مستقل وذكر لذلك أمثلة انظرها في الفرق الثاني عشر منه، وانظر أيضاً الفرق الثاني والعشرين والمائتين، واقتصر (خ) على إنه إقرار وإن أجاب بالإنكار الصريح عمل بمقتضاه، وقيل للطالب: ألك حجة فإن نفاها واستحلفه فلا تسمع له بعد بينة إلا لعذر كنسيان، وقال أشهب: تسمع وهو دليل قول عمر رضي الله عنه: بينة عادلة خير من يمين فاجرة وإن ادعاها كلف بإثباتها وأعذر للمطلوب فيما أتى به كما يأتي وليس من الصريح قوله: ما أظن له عندي شيئاً ولا قوله لا حق لك علي وذلك لما مر من أن الطالب لا بد أن يبين في دعواه الوجه الذي ترتب له به الحق من بيع أو قرض أو قراض أو نحو ذلك، فيلزمه أن ينفي ذلك الوجه أو يقر به وتتوجه اليمين في الإنكار على طبق الدعوى (خ): ويمين المطلوب ما له عندي كذا ولا شيء منه فإن قضى نوى سلفاً يجب رده اهـ. وقال ابن الماجشون: يكفيه في الجواب واليمين لا حق لك على ابن عبد السلام، وهو التحقيق لأن نفي الأعم يستلزم نفي الأخص، فإن أجاب بإنكار كونه له بأن قال: هو وقف أو لولدي أو لشخص سماه فيقال للمدعي: اثبت ما تدعيه فإن هذا لا ينازعك وتنتقل خصومتك للمقر له (خ) وإن قال وقف أو لولدي لم يمنع مدع من إقامة بينة، وإن قال لفلان فإن حضر ادعى عليه فإن حلف فللمدعي تحليف المقر أنه صادق في إقراره، وانظر الفصل الثالث من أقسام الجواب من التبصرة وإن امتنع من الإقرار والإنكار فهو قوله:

٥٤ـ ومنْ أَبى إِقْراراً أَو إِنْكارا ... لِخَصْمِهِ كَلَّفَهُ إِجْبارا

(**ومن أبى**) موصول مبتدأ أو شرط واقع على المكلف الرشيد (**إقراراً أو**) بمعنى الواو (**إنكاراً**) لغير غرض شرعي بل سكت أو قال: أقم البينة على ما تدعي وأنا لا أقر ولا أنكر أو قال: ما له عندي شيء أو لا حق له علي كما مر. وقال الأخوان مطرف وابن الماجشون: يقنع منه بذلك في هذين الأخيرين وهو ظاهر لأن نفي الأعم يستلزم نفي الأخص، أو قال: لا أجاوب حتى أوكل من يجيب على المعمول به كما يأتي في باب الوكالة أو قال حتى يتبين هل ما تدعيه برسم أو بغير رسم (**لخصمه**) يتنازعه المصدر إن قبله (**كلفه**) بضم الكاف خبر أو جواب والرابط نائبه والبارز يعود على الإقرار والإنكار وأفرده لكون العطف بأو أو باعتبار ما ذكر (**إجبارا**) أي جبر بالضرب والسجن، وهذا إن لم يكن وصياً أو مقدماً يخاصمان عن أيتامهما فيما لم يتولياه من المعاملات، وإلاَّ فلا يكلفان بإقرار ولا بإنكار، ويقال للطالب: أقم البينة على ما تدعي وذلك لأن إقرارهما لا يفيد فلا فائدة لجبرهما، فإن أقرا باختيارهما فهما شاهدان تعتبر فيهما شروط الشهادة فإن أقرا عليه بطلاق أو عتق فلا تمضي حتى يكمل النصاب فإن خاصما فيما تولياه أجبرا على ذلك، وإن توجهت اليمين عليهما حلفا وإلاَّ ضمنا وفهم من وقوع من على الرشيد أن السفيه لا يؤمر بالجواب فضلاً عن الإجبار إذ لا يلزمه إقرار كما مرّ في شروط

(**ومن أبى إقراراً أو إنكاراً**) أو بمعنى الواو أي امتنع منهما (**لخصمه كلفه**) أي كلف الجواب بأحدهما (**إجباراً**) أي جبر عليه بالضرب والسجن، فلو قال: من ادعى عليه بدار في يده للمدعي أقم البينة على ما قلت، وأما أنا فلا أقر ولا أنكر فقال مالك: لا يترك على ذلك ويجبر حتى يقر أو ينكر. وقال المتيطي: لا يقنع منه بلا حق لك عندي حتى يقر بالسلف أو ينكره.

الدعوى ونكوله عن اليمين كإقراره على المعتمد كما يأتي في باب اليمين، ويقال للطالب حينئذ: أثبت دعواك وإلاَّ فلا شيء لك إلا اليمين تؤخر لوقت رشده، وهذا في الدعوى عليه بالغصب والاستهلاك والإتلاف لما لم يؤمن عليه واستحقاق شيء من ماله ونحو ذلك، وأما الدعوى عليه بالبيع والشراء والسلف والإبراء ونحوها فلا تسمع عليه ولو ثبتت بالبينة بخلاف الطلاق والجراح التي فيها القصاص وعتق مستولدته ونحوه فيكلف بالجواب للزوم إقراره فيها كما في (خ) حيث قال في الحجر لاطلاقه الخ. والسكران كالسفيه لا يلزمه إقراره ولا العقود من بيع ونحوه ولو بالبينة ويلزمه الإقرار بالجنايات والطلاق والعتق ولو لغير مستولدته كما قيل:

لا يلزم السكران إقرار عقود بل ما جنى عتق طلاق وحدود

وقولي لغير غرض شرعي احترازاً مما إذا قال: لا أجاوب حتى يجمع دعاويه فإنه لا يجبر حتى يجمعها، ومما إذا قال: لا أجاوب حتى أوكل من يجيب أو قال الوكيل: حتى أشاور موكلي على أحد قولين كما يأتي، ومما إذا قال: لا أجاوب لأني لست على يقين من الأمر الذي يدعيه وحلف على ذلك فإن الطالب يكلف بالإثبات من غير إجبار للمطلوب كذا في التبصرة ونحوه لابن سلمون ولامية الزقاق وعليه فما مرّ من أنه لا يكفيه في قوله: ما أظن له عندي شيئاً إنما هو إذا لم يحلف، وقول (ز) ومثل عدم جوابه في الحكم عليه بلا يمين شكه في أن له عنده ما يدعيه الخ، يعني إذا لم يحلف وإلاَّ فالذمم لا تعمر إلا بيقين.

٥٥ـ فإنْ تمادَى فلِطَالِبٍ قُضِي دُونَ يَمِينٍ أوْ بِهَا وَذَا ارْتُضِي

(**فإن**) نكل عن اليمين في هذه سجن وضرب أيضاً فإن (**تمادى**) على الامتناع فيها وفي الأولى (**فلطالب قضى**) بالحق (**دون يمين**) تلزمه بناء على أنه إقرار وهي رواية أشهب وصوبها ابن المواز (**أو**) لتنويع الخلاف أي وقيل (**بها**) أي قضى له بالحق معها أي باليمين ابتداء لا بعد الضرب والسجن كما هو ظاهره، فالباء بمعنى مع بناء على أن امتناعه نكول لأن الامتناع من الجواب امتناع من اليمين في المعنى، وهو قول أصبغ، واختاره الناظم. ولذا قال: (**وذا ارتضي**)

(**فإن تمادى**) بعد السجن والضرب على الامتناع (**فلطالب قضى**) بالحق (**دون يمين**) تلزمه هذا هو قول ابن المواز بناء على أن امتناعه إقرار (**أو بها**) وهو قول أصبغ بناء على أنه إنكار قال المصنف: (**وذا ارتضى**) والراجح المعمول به الأول. (خ) وإن لم يجب حبس وأدب ثم حكم عليه بلا يمين. ابن سهل: أفتى فقهاء قرطبة في مثل هذا بالضرب حتى يقر أو ينكر فإن تمادى على إنكاره حكم عليه بلا يمين ابن هارون في اختصار المتيطية: الذي مضى به العمل أن القاضي يجبره بالسجن والأدب، فإن استلج في الإباية قضى عليه بلا يمين لأن ذلك منه إقرار بالحق اهـ. وعليه فإذا كانت الدعوى مما لا تثبت إلا بشاهدين قضى على الممتنع أيضاً فيما يلزمه الإقرار به كإنكاح مجبرته ولا يقضي عليه على القول باليمين، ويقال للمدعي: أثبت دعواك كما إذا قال: لا أجاوب لأني لا أعرف حقيقة ما يدعي فيحلف على ذلك، ويقال للمدعي: أثبت قاله ابن سلمون قال وقال أصبغ: إذا امتنع من الجواب عدَّ كالناكل. ومثله في ابن فرحون وابن عات، ومقتضاه أنه على قول أصبغ لا يجبر بسجن ولا ضرب، بل يحكم عليه ابتداء بعد اليمين إن كانت الدعوى مما تثبت به خلاف ظاهر المصنف إلا أن يقال أو بها معناه أو يحكم عليه مع اليمين ابتداء.

والمعتمد الأول (خ) وإن لم يجب حبس وأدب ثم حكم عليه بلا يمين وظاهره كالناظم أنه لا تسمع له حجة لأنه إقرار بالحق كما مرّ، وينبغي تقييده بما إذا أعلمه بأنه إذا تمادى على الامتناع حكم عليه كما أنه في القول الثاني لا يحكم عليه حتى يعلمه بذلك، فإن كانت الدعوى لا تثبت إلا بشاهدين قضى على الممتنع فيما يلزمه الإقرار به كإنكاح مجبرته وعتق عبده وطلاق زوجته ولا يقضى عليه على القول الثاني لأن امتناعه نكول.

تنبيهات. الأول: تقدم أن المطلوب لا يؤمر بالجواب حتى يثبت المدعي موت من يقوم عنه ورثته وتناسخ الوراثات حيثما بلغت، فإن لم يثبت ذلك فلا يمين له على المطلوب، وإن قال له: أنت عالم بموته وعدة ورثته لأن من حجته أن يقول: إن أباك أو من تدعي عنه حي وسيقدم ويقر أنه لا حق له عندي قاله ابن الفخار. قال: فإن أقر بذلك لم يقبل لما فيه من إلزام الحقوق وتوريث زوجته وتزويجها وإنفاذ وصاياه وغير ذلك ولا يمين عليه في شيء من ذلك، وإنما هو شاهد بذلك لا مقر وقد قال أحمد بن ميسرة: من أقر بقتل رجل لم يؤخذ به لما في ذلك من التوريث والتزويج اهـ. وعليه عول في اللامية حيث قال:

ومن يدعي حقاً لميت ليثبتن ... له الموت والوراث بعد لتفصلا

إلى أن قال: وإن يكن أهمل ثبوت فعن مطلوب أسقط يمينه. الخ. قال: مقيد هذا الشرح على ابن عبد السلام أمديدش التسولي سامحه الله، وما قاله ابن الفخار وتبعه صاحب اللامية مبني على أن الدعوى لا تتبعض وأن الشهادة إذا رد بعضها للسنة ردت كلها، والإقرار تابع لها إذ هو في هذه المسألة ونحوها شهادة على النفس والغير، وهو وإن كان موافقاً لقولها في الوصايا إذا مات رجل فشهد على موته امرأتان ورجل فإن لم تكن له زوجة ولا أوصى بعتق عبد ولا له مدبر وليس إلا قسمة التركة فشهادتهن جائزة اهـ. فمفهومها لو كان هناك زوجة أو أم ولد أو أوصى بعتق ونحوه لم تجز لا في المال ولا في غيره أي والإقرار كذلك إذ ما لا يثبت بالشاهد والمرأتين أو أحدهما مع اليمين لا يمين فيه لكن يبعد كل البعد أن ينفي المقر الشيء عن ملكه ونحن نثبت ملكيته له وما في وصاياها معارض لقولها في الشهادات إن شهد شاهد بوصية فيها عتق ووصايا لقوم ردت في العتق وجازت في الوصايا، ولقولها من شهد عليه رجل واحد بالسرقة لم يقطع ولكن يحلف المسروق منه مع شاهده ويستحق متاعه اهـ. الوانوغي: يؤخذ من هذه المسألة لو شهد رجل وامرأتان بطلاق زوجته، وقد كان عليه صداقها مؤجلاً بموت أو فراق، وقلنا: لا يحكم عليه إلا بالموت أو الفراق أن الشهادة تبطل في الطلاق وتصح في حلول الصداق، وكذا لو شهد رجل وامرأتان على رجل بطلقة وتصييره داره في صداقها أنها تصح في التصيير لا في الطلاق اهـ. ابن رشد: المشهور أن الشهادة إذ رد بعضها للسنة كشهادة رجل واحد أو امرأتين بوصية فيها عتق ومال أن يجوز منها ما أجازته السنّة وهو الشهادة بالمال فيثبت بالشاهد واليمين أو المرأتين مع اليمين، وقيل يبطل الجميع لأنه لما رد بعضها وجب رد كلها وهو قائم من المدونة اهـ. وإذا علمت أن شهادة الواحد والمرأتين أو أحدهما مع اليمين عاملة في مثل هذه بالنسبة للمال على المشهور، فأحرى في الإقرار لأنه شهادة على النفس ولا تشترط فيه العدالة. ولذا قال ابن عرفة وغيره: الإقرار بالشيء أقوى من قيام البينة عليه اهـ. والقاعدة أن من أقر

على نفسه وغيره لزمه الإقرار على نفسه، ولم يلزم على غيره ولكن يكون فيه شاهداً وإن كل ما يثبت بالشاهد والمرأتين أو أحدهما مع اليمين يلزم فيه الإقرار وتتوجه فيه اليمين كما مرّ عند قوله: في عجز مدع عن التبيين. ألا ترى أنه لو ادعى عليه شخص أن أباه أوصى له بمال وعتق عبده فلان للزمته اليمين بالنسبة للمال دون العتق، وكذا لو ادعى عليه بالسرقة فنكل للزمه الغرم دون القطع، وهكذا فالموت وإن كان ليس بمال لكنه يؤول للمال بالنسبة للإرث فيثبت بالشاهد الواحد على المذهب، ومن عده مما لا يثبت إلا بعدلين كابن ناجي فمراده بالنسبة لغير الإرث، وحينئذ فإذا قال له: قد انتقل هذا المال الذي بيدك كله أو بعضه الذي هو الربع منه مثلاً إليّ بسبب موت مالكه وأنت عالم بذلك فلا إشكال في توجه اليمين عليه ولزوم إقراره بالنسبة لنصيب المدعي ويبقى نصيب الزوجة ونحوها بيد المطلوب حتى يطلباه، وغايته أن المطلوب لما أقر أو نكل سرى إقراره عليه فيما له فيه حق وبقي ما عداه على أصله فلا تتزوج زوجته ولا يعتق مدبره ونحوه حتى يثبت موته كما يؤاخذ بإقراره بالقتل أيضاً ولا تتزوج زوجته ولا يورث حتى يثبت موته فالمسألة في الحقيقة من الدعوى بغير المال لكنها تؤول للمال وقد حرر غير واحد أن الموت يثبت بالشاهد الواحد مع اليمين بالنسبة للإرث فهو يدعي بأمرين الموت والإرث كما أنه في الوصية والسرقة المذكورتين يدعي بأمرين أحدهما مال والآخر غيره، والعجب من ابن فرحون والبرزلي وابن سلمون وصاحب اللامية وشروحها كيف سلموا كلام ابن الفخار مع أن كثيراً من مشاهير المؤلفين أعرض عنه فيما علمت بل ذكر في اختصار المتيطية أن ابن كنانة سأل مالكاً عمن بيده دار فقام عليه فيها رجل وزعم أنها لجده وسأله عن ذلك فقال الحائز: لا أقر ولا أنكر ولكن ليقيم البينة على ما يدعي فقال مالك: يجبر على الإقرار أو الإنكار ولا يترك. قال بعض الشيوخ: معنى المسألة أن القائم على أنه وارث جده ببينة أو بإقرار الحائز ولو لم يعلم ذلك حلف الحائز أنها ملكه ولا حق للقائم معه فيها اهـ. ولئن سلمناه لابن الفخار لم يثبت ما ذكر بالشاهد والمرأتين أو أحدهما مع اليمين إذ الإقرار بالشيء أقوى من البينة التامة كما مرّ فما لا يلزم بالإقرار أو النكول الذي هو كالإقرار لا يلزم بما ذكر بالأحرى، ويحتاج على تسليمه إلى استثنائه من قولهم: المقر مؤاخذ بإقراره على نفسه، ومن قولهم: ما ليس بمال ويؤول للمال يثبت بالشاهد واليمين ولا يلزم فيه الإقرار والله أعلم. هذا وقد ذكر ابن رحال في أنواع الشهادات الآتي أن المذهب هو ثبوت الموت بالشاهد واليمين بالنسبة للإرث.

الثاني: تقدم أيضاً أنه لا بد أن يثبت تناسخ الوراثات حيثما بلغت ويبقى النظر إذا أثبت موت من يقوم بسببه وعدة ورثته وأثبت موت بعض ورثة الموروث الأول وجر القائم ذلك إلى نفسه، ولكن لم يجد من يشهد له بعدة سائر ورثة الوارثين غير من يدلي به هل هو يقضي له بحظه لأنه لا جهل فيه لأنه استبان أنه يرث من الأول الربع مثلاً ولا عليه فيمن يرث الثلاثة الأرباع أو لا يستحق شيئاً حتى يثبت تناسخ الوراثات حيثما بلغت كما في المتيطية: أفتى شيخ شيوخنا سيدي عمر الفاسي بأنه يحكم للقائم بقدر ميراثه لعلم نصيبه وتحققه، وليس عليه أن يثبت تناسخ الوراثات الذين لا يدلي بهم، وانظر أقضية المعيار وما يأتي في الاستحقاق. وقولنا: الرابع مثلاً احترازاً مما إذا قالت: لا نعلم كم الورثة فإنه لا يقضى للقائم بشيء ولا ينظر إلى تسميته للورثة كما في المدونة.

الثالث: كما أن المطلوب لا يكلف بالجواب إذا مات رب الحق حتى يثبت الطالب موته ووراثته، كذلك إذا مات المطلوب وقام رب الحق أو ورثته على ورثة المطلوب فلا تكلف ورثته بالجواب حتى يثبت القائم موته وعدة ورثته من أجل ما يحتاج من الإعذار إليهم كما في المتيطية، وهذا إن كانوا كباراً مالكين أمرهم فإن كانوا صغاراً تحت إيصاء أثبت القائم الإيصاء، وقبول الوصي له بالشهادة على عينه ليتمكن من الإعذار إليه فإن عجز عن الإثبات وقال: للمالكين أمرهم أنتم عالمون بالموت وعدة الورثة، وقد استقر مال الهالك بيدكم فلا إشكال في لزوم اليمين لهم كما مر في التنبيه الأول، فإن أقروا أو نكلوا استوفى القائم دينه مما بأيديهم فقط، وإن بقي له شيء تبع به الصغار فإذا بلغوا حلفوا أو أدوا هذا هو التحرير، وما في اللامية من إسقاط اليمين في هذه أيضاً لا يلتفت إليه، بل قال في التبصرة: ولا تسمع الدعوى على الميت إلا بعد ثبوت وفاته وعدة ورثته، فإن أقر الوارث الرشيد بها ولم يكن ثم غيره لم يفتقر إلى ثبوتها اهـ. فقولها فإن أقر الوارث بها الخ. صريح في لزوم اليمين لأنها دعوى في المال وكل ما يصح فيه الإقرار تتوجه فيه اليمين. ولا مفهوم لقوله: ولم يكن ثم غيره إذ إقراره يسري عليه في نصيبه الذي بيده كان هناك غيره أم لا. بل إن أداه على وجه الشهادة وكان عدلاً حلف رب الدين معه، وأخذ جميع الدين ولو كان باقي الورثة صغاراً لأن الموت باعتبار المال يكفي فيه العدل والمرأتان أو أحدهما مع اليمين على مذهب ابن القاسم خلافاً لأشهب. قال اللخمي: وإن شهد رجل وامرأتان على نكاح بعد موت الزوج أو الزوجة أو على ميت أن فلاناً أعتقه أو على نسب أن هذا ابنه أو أخوه ولم يكن له وارث ثابت النسب صحت هذه الشهادة على قول ابن القاسم، وكان له الميراث ولم تجز على قول أشهب لأنه قال: لا يستحق الميراث إلا بعد إثبات الأصل بشهادة رجلين فإن ثبت ذلك ثم شهد واحد أنه لا يعلم له وارثاً سوى هذا جازت واستحق المال اهـ. وبه تعلم ما في كلام ابن فرحون في الباب الثالث من القسم الثاني فإن كلامه يوهم أنه لا بد من عدلين في الموت والميراث معاً وقد علمت أنه لا يجري إلا على قول أشهب. نعم صرح هو في المحل المذكور أن حصر الورثة يكفي فيه الشاهد واليمين اتفاقاً وهو ما أشار له اللخمي بقوله: فإن ثبت ذلك ثم شهد واحد الخ. ومثله له فيما إذا شك في تقدم موت الأم أو ابنها مثلاً. قال: إن ميراث الابن لأبيه وميراث الأم لزوجها وأخيها بعد أيمانهما مع أن تاريخ تقدم الموت ليس بمال كما صرح به هو وغيره، ولكنه آيل للمال ونحوه لأبي العباس المقري في رجلين وأخت شقائق توفي الأخ والأخت فادعى الأخ الثاني أن الأخت توفيت بعد الأخ وادعى ابن الأخ أن أباه توفي بعد موت الأخت بعد إقرارهما بموتهما ودفنهما بمحضرهما قال: تتوجه اليمين على كل منهما فإن حلف الكل أو نكل فكل يرثه ورثته وإن نكل البعض قضى للآخر قال: والمسألة من باب الدعاوى فكل منهما مدع ومدعى عليه وقول: من قال كل دعوى لا تثبت إلا بعدلين فلا يمين بمجردها غلط اهـ. فتبين أن الموت وحصر الورثة كلاهما يثبت بالشاهد الواحد اتفاقاً في الثاني، وعلى المشهور في الأول وعليه اقتصر (خ) في مواضع فقال في التنازع: حلفت معه وورثت، وقال في آخر: العتق وحلف واستؤني بالمال إن شهد بالبت شاهد أو اثنان أنهما لم يزالا يسمعان أنه مولاه الخ. ومحل ذلك إن لم يكن للميت وارث ثابت النسب كما رأيته وإلا فلا بد من عدلين على المذهب كما في ضيح و(ح) ولا يرد هذا علينا لأن

الموضوع أن المقر شاهد أن مورثه مات وأنه لا يعلم له وارثاً سوى هؤلاء الورثة المعروفين فلان وفلان مثلاً فالمستفاد من شهادته الموت وحصر الورثة فقط لا نسبهم من الهالك بل هو معروف منه ومن غيره، وأحرى إن كان مصب شهادته حصرهم فقط ولكونه لا بد من عدلين إذا كان له وارث ثابت النسب تواطأ شراح (خ) على اعتراض قوله في الاستحقاق وعدل يحلف معه ويرث ولا نسب تبعاً لاعتراض ابن عرفة وضيح قول ابن الحاجب وعدل يحلف معه ويشاركهما في الإرث ولا نسب بأنه خلاف المذهب من أنه لا يرث إلا بعدلين.

فإن قلت: هلا حملوا كلامهما على ما إذا لم يكن للميت وارث ثابت النسب؟ فالجواب: أن ابن الحاجب لما فرض المسألة في الولدين وقريب منه كلام (خ) لزم قطعاً حصول الوارث المعروف، وبهذا يزول ما يختلج في الصدر من معارضة ما اعترض به الشراح كلامه في الاستلحاق لما صرحوا به في الشهادات أن ما ليس بمال وهو آيل إلى المال يكفي فيه الشاهد واليمين ومثلوه بالموت أو سبقيته والنكاح بعد الموت. كذا قيل: والظاهر أنه معارض وإن كان هناك وارث معين لأن قاعدة ما ليس بمال، ولكن يؤول إلى المال فيها خلاف هل يكفي فيها الشاهد واليمين بالنسبة للمال أم لا؟ والمذهب أنه يكفي فيها ذلك وما يكفي الشاهد فيه مع اليمين يلزم فيه الإقرار وتتوجه فيه اليمين حسبما عقدوه، ولذلك اقتصر (خ) وابن الحاجب وابن شاس في الاستلحاق على أنه يحلف مع العدل ويرث ليوافق ما في الشهادات، ولا سيما أن ما اقتصروا عليه هو قول لابن القاسم كما في ابن عرفة قال ونحوه قولها في الولاء: إن أقرت البينتان لرجل بأنه أعتق أباهما وهما عدلتان حلف معهما وورث الثلث الباقي اهـ فما تبع (خ) ابن الحاجب مع اعتراضه عليه في ضيح إلا لرجحان هذا القول عنده لموافقته لما في الشهادات ولجري المسائل على وتيرة واحدة فتأمله والله أعلم. ثم إنما يكلف رب الدين بإثبات موت المدين وحصر ورثته فيما يظهر لو كان دينه حل بالموت وإلا فيكفيه أن يثبت فقده أو غيبته وملكيته للمال الذي يريد أعداءه فيه على ما هو مبين في محله والله أعلم.

الرابع: قال في المدونة وإن شهد لصاحب الدين واحد من الورثة بدينه حلف معه إن كان عدلاً واستحق حقه فإن نكل أخذ من شاهده قدر ما ينوبه من الدين وإن كان سفيهاً لم تجز شهادته ولم يرجع عليه في حصته بشيء اهـ ونقله (ح) في الاستلحاق وأطلنا في المسألة لاغترار الناس بكلام ابن الفخار فضاعت بذلك أموال يعلمها الكبير المتعال إذ كثير من الناس لا يقوم إلا بعد طول الزمان أو يموت موروثه في بلد بعيد لا يعرفون أهله ولا ورثته اهـ.

الخامس: قال البرزلي: أوائل النكاح أجرة الموت وعدة الورثة على جميع الورثة على عدد رؤوسهم إن أقاموها كلهم ومن طلب نسخة منها فله ذلك بالقضاء بخلاف ما لو أقامها أحدهم، حتى تم حقه فليس عليه أن يعطيهم نسخة منها إلا برضاه ونزلت بتونس وحكم بذلك ووقعت الفتيا به اهـ.

السادس: إن ادعى على عبد بما يوجب قصاصاً فيلزمه الجواب وإن ادعى عليه بما يوجب الأرش فيجيب السيد: وإن ادعى عليه بالمال وهو مأذون فهو كالحر وإن كان غير مأذون وقف إقراره على سيده (خ): . ويجيب عن القصاص العبد، وعن الأرش السيد، وانظر إذا امتنع العبد

من الجواب فيما فيه قصاص هل يعد كإقراره فيقتص منه أم لا؟ وهو الظاهر لخطر الدماء فلا تستباح بالشك.

٥٦ـ وَالْكَتْبُ يَقْتَضِي عَلَيهِ المُدَّعِي مِنْ خَصْمِهِ الجَوَابَ تَوْقِيفاً دُعِي

(والكتب) بفتح الكاف أي المكتوب من إطلاق المصدر وإرادة المفعول كالنسج بمعنى المنسوج مبتدأ **(يقتضي)** يطلب **(عليه المدعي)** فاعل **(من خصمه)** يتعلق بقوله يقتضي **(الجواب)** مفعوله والجملة حال من المبتدأ على قلة لا صفة **(توقيفاً)** مفعول ثان بقوله: **(دعي)** أي سمي ومفعوله الأول هو النائب العائد على المبتدأ والجملة خبر، والمعنى أن المكتوب يطلب المدعي من خصمه الجواب عليه يسمى في اصطلاح الموثقين توقيفاً لكون الطالب يوقف المطلوب على الجواب عنه كما يسمى أيضاً مقالاً وصفته قال فلان أو ادعى أن له قبل فلان كذا من سكة كذا إن اختلفت السكك من ثمن كذا اشتراه منه وقبضه وبقي الثمن في ذمته حتى الآن، وإن كان من سلف قلت قبضه منه منذ كذا وإن كانت الدعوى في دار أو أرض قلت: إن على ملكه داراً بمدينة كذا حدودها كذا وإن فلاناً يتعدى عليه فيها أو وضع يده عليها ويريد منه أن يمكنه من جميع ذلك ثم تقول: حضر فلان المدعى عليه وقرىء عليه المقال وبعد فهمه أجاب بالإقرار في جميع المذكور أو ببعضه وهو كذا أو بالإنكار للجميع أو للبعض وهو كذا، ثم تقيد الإشهاد وتؤرخ وإن كان الإقرار بمجلس الحكم قلت أقر فلان لمنازعه فلان بمجلس الحكم الشرعي بأن له قبله كذا من وجه كذا حالة أو مؤجلة ليسقط الإعذار بشاهدي المجلس إن أدياها فيه كما يأتي. وقولنا: إن اختلفت احترازاً مما إذا لم تختلف فإنه يقضيه من أي السكك شاء لأن من باع سلعة وسكك البلد متعددة متحدة الرواج ولم يبين فإن البيع صحيح ويقضيه من أيها شاء، وإن اختلفت رواجاً فسد ويرد مع القيام ويقضى فيه بالقيمة من غالب السكك مع الفوات كما يأتي. وقولنا: قبضه احترازاً مما إذا لم يقل ذلك فإن المطلوب لا يجبر على الجواب لأن الجبر لا يجب إلا بحيث لو امتنع من الإقرار والإنكار قضى عليه بالحق كما مرّ وهو لا يقضى عليه في هذه الحالة إذا امتنع منهما لإمكان عدم القبض فلا يلزمه الثمن (خ): وفي قبض الثمن أو السلعة فالأصل بقاؤهما إلا لعرف الخ بل لو أقام المدعي بينة تشهد أن له بذمة المطلوب مائة من ثمن سلعة اشتراها منه فإن شهادتهما ساقطة حتى يقولا وقبض السلعة قاله ابن عبد الملك ونقله في التبصرة وغيرها مسلماً قال: وكذا إن شهد أنه خاط لفلان ثوباً لم تجز حتى يقولا ورد الثوب مخيطاً وكذا سائر الصناع اهـ. وكذا أيضاً يقال في السلف لأنه يلزم بالقول فإذا لم يقل وقبضه فلا تصح دعواه لإمكان أن لا يكون قبضه فلا يلزمه رده ولو شهدت البينة بذلك ولم تنص على القبض، فإن المطلوب لا يجبر لإمكان أن لا يكون قد قبضه فلا يلزمه رده ولو شهدت البينة بذلك ولم

(والكتب) أي المكتوب **(يقتضي عليه المدعي. من خصمه الجواب توقيفاً دعي)** أي ما كتب من الدعوى في رسم وطلب المدعي من خصمه الجواب عليه يسمى توقيفاً، ويسمى الآن مقالاً، ويكون ذلك فيما عدا وثائق الاسترعاء وهي التي في أولها يشهد من يضع اسمه، ثم إن أجاب المطلوب في الحال فواضح، وإن سأل التأخير والإمهال في الجواب فلا تخلو الدعوى من ثلاثة أوجه: إما أن تكون غير بينة، أو بينة. والثاني: إما أن يطلب التأخير لغرض أو لا. وإلى ذلك أشار الناظم بقوله:

تنص على القبض لم تقبل أيضاً (خ): وملك أي بالقول ولم يلزم رده إلا بشرط أو عادة الخ. وقولنا: وبقي الثمن في ذمته الخ. احترازاً مما إذا لم يقل ذلك فإنه لا يجبر لإمكان أن يكون قد قضاه، ولو أقام شاهداً بذلك لم تتم شهادته حتى يقول: لا يعلم براءته من الثمن المذكور إلى الآن قال في شهادات المعيار ما نصه: شهادة الشاهد بحق غير عاملة حتى يذكر في شهادته انتفاء علمه بالمبطل لها. وانظر ما يأتي في أول خطاب القضاة. وقولنا في السلف منذ كذا ليعلم هل مضى من المدة ما ينتفع مثله بالسلف فيها عند الشرط فيلزمه الرد أم لا كما مر في قول (خ): ولم يلزمه رده الخ وقولنا: حدودها كذا الخ ليتعين المدعى فيه إذ الدعوى لا بد أن تكون بمعين أو بما في ذمة معين كما مرّ وتعيين الأرض ونحوها بذكر حدودها، ولو سقط ذلك من لفظه لم يجبر المطلوب على جوابه ولو سقط ذلك من الشهادة لم يقض بها إلا إن شهد بالحدود غيرهم كما يأتي في قوله: وجاز أن يثبت ملكاً شهدا. وبالحيازة سواهم شهدا الخ. ثم المدعي تارة يستظهر بالرسم من أول الأمر لكون ما يدعيه ثابتاً عنده، وتارة لا يكون ثابتاً عنده في الحال فيقيد حينئذ المقال لأن فائدته كما في الوثائق المجموعة أن المدعى عليه قد يقر فيستغني المدعي عن إثبات دعواه وكل من الرسم والمقال إما أن يكون بيناً في نفسه فيكلف المطلوب بالجواب عليه في الحين كما قال:

٥٧ـ وما يَكُونُ بَيِّناً إنْ لَمْ يُجِبْ عَلَيهِ في الحِينِ فالإجْبَارُ يَجِبْ

(وما) أي المقال أو الرسم الذي **(يكون بيناً)** سهلاً لا يحتاج إلى تأمل وسواء كان الرسم استرعائياً وهو ما يصدر بيشهد من يضع اسمه الخ أم لا **(إن لم يجب)** المطلوب بضم الياء **(عليه)** أي الرسم أو المقال البينين **(في الحين فالإجبار)** بنقل حركة الهمزة إلى اللام للوزن مبتدأ وقوله: **(يجب)** خبر والجملة جواب الشرط والشرط وجوابه خبر المبتدأ الذي هو الموصول والرابط بين الجملة الكبرى والموصول محذوف أي فالإجبار على الجواب عليه واجب ومحله ما لم يطلب المهلة في الرسم الاسترعائي وإلاَّ فلا يجبر في الحين ويمكن دخوله في قول الناظم في الفصل بعده، والمدعي النسيان إن طال الزمن قال في التبصرة: ويجبر الخصم على الجواب فيما وقفه خصمه عليه في جميع الوثائق القليلة المعاني والفصول حاشا وثائق الاسترعاء فإنه لا يجبر على الجواب عنها في ذلك المجلس اهـ. ونحوه في ابن سلمون عن ابن سهل. نعم ذكروا أنه لا يجبر على الجواب عنها إلا بعد ثبوتها أي بالأداء والقبول كما في أواسط الشهادات من المعيار فقول **(ت)** ويكون في غير وثائق الاسترعاء غير ظاهر، ومحله أيضاً ما لم يطلب التأخير لمقصد وإلاَّ ففي الإجبار قولان كما يأتي في البيت بعده، وأما أن يكون كل من الرسم والمقال يحتوي على فصول يحتاج المجيب عنها إلى تفكر وتدبر فلا يكلف المطلوب بالجواب عنها في الحين، بل يقيد المقال على المدعي وحده، ويأخذ المطلوب نسخة منه أو من الرسم استرعائياً أم لا ليتأمل ذلك فيجيب عنه كما قال:

(وما يكون) من الدعوى **(بيناً)** سواء كتب وصار توقيفاً أم لا **(إن لم يجب)** المطلوب **(عليه في الحين فالإجبار)** بنقل حركة الهمزة إلى اللام لإقامة الوزن على الجواب **(يجب)**.

٥٨ـ وكـلُ مـا افْـتَـقَـرَ لِـلْـتَـأَمُّـلِ فـالْـحُـكْـمُ نَـسْـخُـهُ وَضَـرْبُ الأَجَـلِ

(**وكل ما افتقر**) من المقالات والرسوم (**للتأمل**) كحدود العقار ونحو ذلك (**فالحكم**) مبتدأ (**نسخه**) للمطلوب خبره (**وضرب الأجل**) عليه والجملة خبر كل وما موصول مضاف إليه وافتقر صلته والأجل في مثل هذا بالاجتهاد. قال ابن الهندي: إن كانت الوثيقة مختصرة تفهم معانيها بمجرد سماعها لم يعط المطلوب نسختها، وإن كانت طويلة كثيرة المعاني تحتاج إلى التثبت أعطي نسختها ابن عرفة، وقيل: يعطى نسختها مطلقاً وعلى الأول العمل ابن رحال: العمل عندنا على إعطائها مطلقاً.

٥٩ـ وطَـالِـبُ الـتَّـأْخِـيـرِ فِـيـمـا سَـهُـلاَ لِـمَـقْـصِـدٍ يُـمْـنِـعُـهُ وَقِـيـلَ لاَ

(**وطالب التأخير**) والمهلة في الجواب مبتدأ (**فيما سهلا**) فهمه من رسم أو مقال فإن كان لغير غرض فالحكم أنه يجبر ولا يؤخر وإن كان (**لمقصد**) وغرض كتوكيله من يجيب عنه فقولان قيل: (**يمنعه**) بضم الياء مبنياً للمفعول وضميره المستتر النائب يعود على المبتدأ الذي هو طالب وهو الرابط بين المبتدأ وخبره، والجملة والضمير البارز هو المفعول الثاني يعود على التأخير ولمقصد يتعلق بطالب وفيما يتعلق بالتأخير وجملة قوله (**وقيل لا**) يمنعه معطوفة على الجملة قبلها والمنفي بلا محذوف كما قررنا، وصحح ابن سهل وابن الناظم الأول. ابن سلمون والمتيطي: وبه العمل واقتصر عليه صاحب اللامية، وصحح ابن الهندي الثاني انظر (**ح**).

فرعان. **الأول**: فإن قال الوكيل: لا أجاوب حتى أشاور موكلي فإنه يجبر ولا يمهل، وما أقرّ به لازم لموكله إن كان من معنى الخصومة التي وكل عليها.

(**وكل ما افتقر للتأمل**) من الدعاوى (**فالحكم نسخه**) للمطلوب (**وضرب الأجل**) فيه توقيفاً كان أو غيره (**وطالب التأخير فيما سهلا**) فإن كان لغير غرض فهو الذي تقدم أنه يجب أن يجبر ولا يؤخر وإن كان طلبه التأخير (**لمقصد**) وغرض صحيح كتوكيله من يجيب عنه وما أشبهه فقيل يمنعه. قال الشارح: وهو الأظهر، ولذا قدمه الشيخ (**وقيل لا**) يمنع وهو الجاري على ما يأتي في باب الوكالة. هذا حكم الإمهال في الجواب إذا سأله المطلوب في الدعوى أو المقال، وأما طلبه انتساخ ما بيد الطالب ففي الوثائق المجموعة، قال أحمد بن سعيد: وإذا دعي الخصم إلى انتساخ وثيقة وقف عليها ليقف على فصولها، فإن كانت مختصرة للفهم لم يعط نسختها، وإن كانت طويلة كثيرة المعاني أعطي نسختها. وقال ابن عرفة: في تمكين المطلوب من نسخة مما شهد به عليه مطلقاً أو إن كانت مما يشكل ويحتاج فيه إلى تدبر وتأمل قولان. والعمل على الثاني اهـ. وقال ابن الهندي: جرى العمل عندنا في هذا الوقت بإعطاء النسخ كلها صغيرها وكبيرها اهـ. نقله المتيطي، وأغفله ابن عرفة: والناظم.

فرع: في المعيار سئل ابن زيد عن متخاصمين طلب أحدهما من صاحبه أن يوقفه على وثيقة بيده له فيها حق؟ فأجاب: إذا حضر الخصم وجب إخراج الوثيقة للطالب لينظر فيها وليس له الامتناع وهي من حق الطالب اهـ. وأفتى القاضي أبو عبد الله بن سودة، والشيخ أبو محمد عبد القادر الفاسي بأن الخصم لا يلزمه إعطاء موجباته التي بيده لخصمه ولو مكن الخصم ومن هذا وشبهه لفتح على الناس باب يعسر سده اهـ. قال المحشي: وكان الأولى إذا قامت شبهة وما قاله الشيخان عند انتفائها والله أعلم.

الثاني: من ادعى على رجل أن بيده رسماً له فيه حق وطالبه بإخراجه لينظر فيه ما ينفعه فإنه يلزمه إخراجه قاله في أقضية المعيار عن المازري، وكرره في نوازل الدعاوى عن ابن أبي زيد، ونحوه لابن فرحون عن ابن سهل في الفصل الثالث في تقسيم المدعى عليهم، وبه يبطل ما أفتى به ابن سودة وأبو محمد عبد القادر الفاسي من أنه لا يلزمه ذلك محتجين بأنه لو مكن الناس من هذا لفتح عليهم باب يعسر سده الخ. لأنه مصادم للمعقول والمنقول لأنهما احتاطا للمطلوب وأخلاً بحق الطالب من غير موجب ولا دليل، وقد تكون بينهما معاملة أو شركة أو وراثة ونحو ذلك، ولذا ضعف ابن رحال فتواهما. ولما كان تقييد المقال موكولاً إلى اختيار الطالب، لكن ربما يجب في بعض الأحيان نبه على المحل الذي يجب عليه التقييد فيه فقال:

٦٠ـ ويُوجِبُ التَّقْيِيدَ لِلْمَقَالِ تَشَعُّبُ الدَّعْوَى وعُظْمُ المَالِ

(ويوجب) مضارع أوجب مبني للفاعل **(التقييد)** مفعوله **(للمقال)** يتعلق به **(تشعب الدعوى)** فاعل يوجب أي تفرقها وكثرة فروعها **(و)** مع **(عظم المال)** بضم العين أي كثرته فهو مما يؤكد الوجوب المذكور، فالكلام الأول من حيث الإجبار والنسخ مع الإمهال والكلام هنا من حيث وجوب التقييد وعدمه، فلا تكرار ثم علل الوجوب بقوله:

٦١ـ لأنَّهُ أضْبَطُ لِلأَحْكَامِ وَلانْحِصَارِ نَاشِىءِ الخِصَامِ

(لأنه) أي التقييد **(أضبط للأحكام)** فينحصر ذهن القاضي والمطلوب للنظر **(ولانحصار)** معطوف على المصدر المنسبك من أن ومدخولها لا على قوله للأحكام خلافاً لمن وهم أي لضبطه للأحكام ولانحصار الدعوى **(ناشىء الخصام)** وهو المدعي فلا يقدر على زيادة شيء فيها ولا على الانتقال عنها إلى غيرها فيفهم منه أن فائدته هو انحصاره وأنه إن زاد أو انتقل بطلت دعواه وهو كذلك وتدل له مسائل وقعت في المذهب متفرقة منها ما هو على العموم ومنها ما هو على الخصوص فمن الأول ما يأتي في الفصل بعد هذا أن من اختلف قوله واضطرب مقاله سقطت دعواه وبينته، ومنها ما في المعيار عن العبدوسي من تناقض كلامه فلا حجة له، ومنها ما نقله بعضهم عن ابن يونس عن أشهب أن من اختلفت دعواه بأمر بين فلا شيء له هذا قول مالك اهـ. ومنها: ما نقل المازري عن ضيح أن الدعوى على شخص إبراء لغيره، ومنها ما نقل عن ابن عرضون أن من أعطى نسخة من الرسم فأبطلت فاستظهر بآخر أن الرسم الثاني مستراب لأنه انتقال من دعوى لأخرى. قال: ولو أبيح الانتقال ما انقطعت حجة المدين اهـ. ومثله لسيدي أحمد البعل حسبما في أوائل نوازل العلمي وأواسط الشهادات منه.

قلت: وفي عد مجرد الاستظهار بالرسم الثاني انتقالاً مع عدم اشتماله على زيادة على الأول نظر لا يخفى إذ لا يلزمه أن يقوم بجميع شهود الحق، لكن إذا قام بعدلين منهم فبطلت

(ويوجب التقييد للمقال. تشعب الدعوى) أي تفرقها وكثرة فروعها **(وعظم المال)** ظاهره أنه لا يجب التقييد إلا بمجموع الأمرين وليس كذلك، بل تشعبها موجب بمجرده، ويتأكد إن انضم إليه كثرة المال، وإنما وجب التقييد حينئذ **(لأنه أضبط للأحكام)** فينحصر الذهن للنظر **(ولانحصار ناشىء الخصام)** فلا يقدر المدعي على زيادة شيء في دعواه لحصرها فيما قيده.

شهادتهما لاختلال فصولهما أو لتجريحهما كان له القيام بغيرهما وأحرى لو كان لم يعلم بشهادة من قام به ثانياً أو نسيه (خ) فإن نفاها واستحلفه فلا بينة إلا لعذر كنسيان لكن يمكن الجواب عنهما بأنه لا يكون انتقالاً إلا إذا كانت الثانية مشتملة على زيادة أو نقصان، وإلاَّ فليس ذلك انتقالاً لأخرى. نعم ذكروا أن من خاصم في حق وادعى أن بينته بعيدة الغيبة وأراد تحليف المطلوب مع بقائه على حجته لا يمكن من تحليفه إلا إذا سمى بينته الغائبة وحلف على صحة ما يدعيه من غيبتها، فهذا إذا حلف المطلوب بعد حلفه هو على ما ذكر لا قيام له بغير الذي سمى وإن لم يعلم به، ومن الثاني ما في المعيار عن عياض أن من ادعى الإرث ثم الشراء سقطت دعواه. ومنها ما في باب القضاء من المعين فيمن ادعى في دار أنها وراثة من آبائه، فلما أثبت غيره الملكية أقام هو بينة بالشراء منه. ومنها مسائل مضمن الإقرار المذكورة في القضاء والوكالات والوديعة وستأتي عند قول الناظم: ومنكر للخصم ما ادعاه. ومنها: ما نقله القلشاني وغيره فيما إذا أقسم الأولياء على واحد من جماعة، ثم بدا لهم وأرادوا أن يقسموا على غيره من تلك الجماعة فلا يمكنون كما يأتي عند قوله: وغير واحد بها لن يقبلا. ومنها: إن قال: قتلني فلان بل فلان، ومنها: إذا سئل عن قاتله، فقال: لا أعرفه، ثم قال: فلان. ومنها: ما في نوازل الدعاوى من المعيار في مريض تصدق على أخيه فقبض الأخ الصدقة وحازها ثم مات المريض فرد على ورثته ما زاد على الثلث، ثم تبين أن الصدقة في الصحة وأنها جائزة كلها. ومنها: من ادعى في ملك أنه من أوقاف فلان ثم ادعى أنه ملك لموروثه. أفتى (ح) بأنه لا حق له. ومنها: من ادعى في ملك أنه من متخلف أبيه فأثبت غيره أنه ملك لموروثه فادعى أنه أوصى له به. ومنها: من ادعى في دار أنها وراثة بينه وبين إخوته ثم ادعى أنه انفرد بها بوصية أو صدقة من الموروث. قال سحنون: لا تقبل دعواه ولا بينته. ذكر الثلاث الأخيرة (ح) في باب الإقرار، وذكر عن القرافي أنه اعتمد في المسألة الأخيرة خلاف قول سحنون فقال في الفرق الثاني والعشرين بعد المائتين بين ما يقبل فيه الرجوع عن الإقرار وما لا يقبل ما نصه: ضابط ما لا يقبل الرجوع فيه أن يكون الرجوع لغير عذر عادي، وضابط ما يقبل الرجوع فيه أن يكون هناك عذر عادي كأن يقر الوارث للورثة أن ما تركه أبوه ميراث بينهم، ثم جاءه شهود أخبروه أو وجد رسماً بأن أباه كان تصدق عليه بهذه الدار في صغره وحازها فإنه إذا رجع وادعى أنه لم يكن عالماً بذلك فإنه تسمع دعواه وعذره ولا يكون إقراره السابق مكذباً لبينته اهـ.

قلت: ونزلت فأفتيت فيها بما للقرافي ويؤيده ما في البرزلي عن المازري فيمن اقتسم تركة موروثه مع الورثة، ثم وجد بينة تشهد له ببعضها أنه يحلف ما علم ببينة إلى الآن ويستحق ونحوه في نوازل الزياتي فيمن سلم في شيء ظناً منه أنه لا يستحقه ثم تبين أنه يستحقه فإن التسليم لا يلزمه وأمثال هذا ما اتضح فيه العذر كثيرة انظر شرحنا للشامل في الرهن والإقرار والشهادات، ثم ظاهر النظم وما تقدم أن الانتقال يبطل الدعوى حيث لم يتضح العذر سواء حصرها وأشهد أنه لا دعوى له غيرها أم لا، وهو كذلك. وفي التبصرة وآخر الفصل السادس في سيرته مع الخصوم أن محل ذلك فيما إذا شهد أنه لا دعوى له سواها ونحوه في أقضية البرزلي عن ابن حارث قائلاً: ليس من ادعى دعوى يحجر عليه فيما سواها إن ادعى نسياناً إلا أن يكون في الكشف أي التقييد إقرار المدعي أن الذي كشف عنه هو آخر دعواه اهـ. (بغ) ونحوه

في أقضية المعيار عن فقهاء قرطبة فيمن وقف خصمه عند قاض على ذهب زعم أنه أنفقه بأمره على أهل داره ودوابه في مدة عينها على وجه السلف، فأنكره المطلوب ثم قال بعد أن أنكر مرة ثانية: إنما أنفق على الدواب من ربح أحد وثلاثين مثقالاً كانت عنده قراضاً، فلم يبطلوا دعواه. فانظر ذلك إن شئت وانظر ما يأتي عند قوله: وحل عقد شهر التأجيل الخ..

٦٢ـ وَحَيْثُمَا الأَمْرُ خَفِيفٌ بَيِّنُ فَالتَّرْكُ لِلتَّقْيِيدِ مِمَّا يَحْسُنُ

(وحيثما) ظرف مضمن معنى الشرط (الأمر) مبتدأ أي أمر الدعوى خبره (خفيف) سهل كلي عليه عشرة من سلف (بين) عطف بيان أو بدل أو خبر بعد خبر والأول أقرب (فالترك) مبتدأ (للتقييد) متعلق به (مما يحسن) خبره والجملة جواب الشرط والرابط الفاء ثم علل حسن ترك التقييد بقوله:

٦٣ـ فَرُبَّ قَوْلٍ كَانَ بِالخِطَابِ أَقْرَبَ لِلْفَهْمِ مِنَ الكِتَابِ

(فرب قول) والفاء تعليلية، ورب: حرف جر لا تتعلق بشيء قال ناظم المغني:

وقولنا لا بد من تعلق يخرج منه ستة فحقق
أحدها الزائد من خالق والثاني لولا في مقال صادق
وهكذا لعل فيمن جرّبه وكاف تشبيه ورب فانتبه

(كان) ناقصة واسمها ضمير القول (بالخطاب) يتعلق به (أقرب) خبر كان (للفهم من الكتاب) يتعلقان بأقرب وجملة كان صفة لقول. وفهم من قوله مما يحسن أنه يجوز التقييد وأن ما كان بين الخفة والتشعب يجوز فيه الأمران أيضاً لكن التقييد فيه أولى لأنه أقطع للنزاع.

فصل في بيان مقدار الآجال

جمع أجل بفتح الألف والجيم وهو لغة مدة الشيء فيشمل وقت الموت وحلول الدين والمدة التي يضربها الحاكم مهلة لأحد المتداعيين، أولهما: لما عسى أن يأتي به من حجة وهو المراد هنا.

٦٤ـ ولاِجْتِهَادِ الحَاكِمِ الآجَالُ مَوْكُولَةٌ حَيْثُ لَهَا اسْتِعْمَالُ

(ولاجتهاد الحاكم) يتعلق بموكولة (الآجال) مبتدأ أي التي لا نص في قدرها من الشارع

(وحيثما الأمر) أي أمر الدعوى (خفيف بين) كلي عليه عشرة من سلف (فالترك للتقييد بما يحسن) إذ لا حاجة إليه بل قد يثير تشويشاً أو تركيباً (فرب قول كان بالخطاب. أقرب للفهم من الكتاب) ورب للتقليل قليلاً وللتكثير كثيراً وهو اللائق هنا. (تتمة): قال ابن هارون: وإذا طال الخصام في أمر وكثر التشعب فيه فلا بأس للقاضي أن يحرف كتبهم إذا رجى بذلك تضارب أمرهم قاله مالك. وحدث أن قاضياً فعله في زمن أبان بن عثمان والله سبحانه أعلم.

فصل في بيان مقدار الآجال

جمع أجل يطلق لغة على وقت الموت وحلول الدين وعلى مدة الشيء، والمراد هنا المدة التي يضربها الحاكم مهلة لأحد المتداعيين أولهما لما عسى أن يأتي به من حجة. (ولاجتهاد الحاكم) أي القاضي (الآجال) مبتدأ (موكولة) خبر ولاجتهاد الحاكم متعلق به وكذا (حيث لها استعمال) وهو

احترازاً مما فيها نص كأجل المعترض سنة. وكذا المجنون والمجذوم وأجل المفقود أربع سنين ونصفها للعبد وأجل الحر المسلم في الإيلاء لا الكفار، وإن تحاكموا إلينا فلا مانع من دخول الاجتهاد فيه قاله (ت) وتأمله فإنهم إذا تحاكموا إلينا فإنما يحكم بينهم بحكم الإسلام وأي اجتهاد يدخله حينئذ، وإن لم يتحاكموا إلينا فلا نتعرض لهم على مذهبنا ومما لا يدخله أجل التعمير ونحو ذلك (**موكولة**) خبر (**خ**): ومن استمهل لدفع بينة أمهل بالاجتهاد (**حيث**) يتعلق بموكولة (**لها استعمال**) مبتدأ وخبر والجملة في محل جر بإضافة حيث أي الآجال التي لا نص فيها حيث تستعمل موكولة في قدرها وجمعها وتفريقها إلى نظر الحاكم ففي كلامه حذف الصفة كما ترى بدليل ما يأتي في الإيلاء والمفقود وعيوب الزوجين وحذفها قليل، ومنه قوله تعالى: ﴿إنه ليس من أهلك﴾ [هود:٤٦] أي الناجين ﴿الآن جئت بالحق﴾ [البقرة:٧١] أي البين والأصل فيما ذكره الناظم قول الفاروق رضي الله عنه في رسالته المتقدمة واجعل لمن ادعى حقاً غائباً أمداً ينتهي الخ. وصفته في الإثبات أجل قاضي حضرة كذا وهو أعزه الله فلان بن فلان في إثبات ما ادعاه في المقال أعلاه أو حوله أجلاً مبلغه كذا من غد تاريخه بعد أن أخذ من خصمه فلان حميلاً بوجهه شهد على إشهاد من ذكر دامت كرامته بما فيه عنه، وعلى المؤجل بالتزامه حكم الأجل واعترافه بأن بينته في البلد أو على قرب منه، وعلى الحميل بالحمالة على عين المتحمل عنه ورضاه من أشهدوه به وعرفهم بحال صحة وطوع وجواز، وفي كذا فإن أثبت المدعي ذلك وأعذر للمطلوب قلت أجل قاضي كذا وهو أعزه الله فلان بن فلان في حل الرسم أعلاه أو حوله بعد أخذه نسخته ومعرفته بمن ثبت به الحق وقبوله أجلاً مبلغه كذا من غد تاريخه، ثم تكمل العقد وتقيد اعترافه بأخذ النسخة ومعرفته بمن ثبت والتزامه الأجل كما مرّ، فقولنا بعد أن أخذ حميلاً الخ. هذا على ما به العمل من أن الحميل بالوجه يجب بمجرد الدعوى فإن لم يجده فيسجن المطلوب بعد أن يحلف الطالب على صحة ما يدعي ووجود بينته كما يأتي في قول الناظم:

وضامن الوجه على من أنكرا دعوى امرىء خشية أن لا يحضرا

وقولنا: شهد على إشهاد من ذكر الخ، احترازاً مما إذا لم ينصوا على إشهاده بذلك فإن هذا التأجيل لا يبنى عليه من بعده إذا عزل هو أو مات، لأن التأجيل حكم من أحكامه فلا يثبت إلا

تأكيد لكن قال ابن فرحون بعد ذكر جملة منها ما نصه: وبعض الآجال لا يدخلها اجتهاد الحاكم كأجل المعترض سنة، وكذا المجنون والمجذوم وأجل المفقود أربع سنين للحر والعبد نصفها وأجل المولى أربعة أشهر الخ. قلت: هذا في المولى مسلم وأما غيره فلا مانع من دخول الاجتهاد فيه، والمعنى أن الآجال حيث تستعمل فهي موكولة لاجتهاد القضاة بحسب ما يظهر لهم من حال المضروب له الأجل والمضروب فيه من تطويلها أو تقصيرها أو جمعها أو تفريقها. والأصل فيها قول عمر رضي الله عنه في رسالته إلى أبي موسى: واجعل لمن ادعى حقاً غائباً أو بينة أمداً ينتهي إليه فإن أحضر بينة أخذت له بحقه، وإلاّ سجلت القضية عليه، فإنه أنفى للشك وأجلى للعمى اهـ. ثم بعد كونها موكولة للاجتهاد تبقي النفس متشوفة لما حكم به الأقدمون في جزئيات القضايا، وإن لم يجب الوقوف عنده لما قد يرى الحاكم من معنى يخص النازلة، وقد أشار إلى ذلك بقوله:

بإشهاده كغيره من الأحكام قاله في النهاية أوائل النكاح (خ) ولم يشهد على حاكم قال: ثبت عندي إلا بإشهاده أي وليس للعدل أن يشهد عليه بما سمعه منه من غير أن يشهده لأن ذلك قد يصدر منه من غير عزم على الإشهاد به، وترك البياض ليضع علامته فيه هو الصواب لأن كل ما أشهد به القاضي من إبرام حكم أو استقلال رسم أو صحته أو تأجيل ونحوه لا بد فيه من ذلك، ولذا يفعلونه في التسجيل على رسم اللفيف ونحوه لئلا ينكر القاضي الإشهاد عليه بذلك، وقد شهد شهود في وقتنا هذا على القاضي في قضية ولم يتركوا له بياضاً يضع علامته فيه بل كتب الكاتب أشهد القاضي فلان ابن فلان أنه حكم بكذا أو أجل فلاناً الخ. وبعد حين قيم بالشهادة فأنكرها وزجرهم وأدبهم، وأيضاً فإن ذلك مفض للتزوير عليه إذ قد يشهد الشاهد عليه بإبرام حكم ويؤديها عليه وهو لا يشعر إذ كثير من القضاة اليوم لا يتصفحون الرسوم عند الأداء بل بمجرد قبضه للرسم يقول للعدل: هذه شهادتك؟ فيقول له: نعم فيخاطب عليه بالأداء والقبول من غير قراءة للرسم ولا معرفة ما فيه، وأحرى إن لم يؤدها عنده بل عند غيره بعد عزله أو موته والله أعلم. وقولنا: وعلى المتأجل الخ. زيادة تحصين وإلاَّ فالأجل لازم له وإن لم يلتزمه. وقولنا: واعترافه بأن بينته حاضرة الخ. احترازاً مما إذا سقط اعترافه بذلك من الرسم فإنه لا ينبني عليه حكم لأن المدعي قد يدعي بعد بيته وحينئذ فليس له إلا اليمين على المطلوب كما يأتي في قوله: وإن تكن بعيدة فالمدعي الخ. وكقول اللامية: كبينة غابت بقرب لمدع إلى قوله: وإن بعدت يحلف له الخ.. وقولنا بعد اعترافه بأخذ النسخة الخ.. لئلا يجحد أخذها. وقولنا: ومعرفته بمن ثبت الخ. لئلا يدعي بعد انقضاء الأجل أنه لم يعرف الشاهد عليه، فلم يتمكن من الطعن فيه فيسقط عنه الأجل فيهما. وقولنا: وقبوله لئلا يدعي أنه أعذر له في غير مقبول عنده إذ الإعذار لا يكون إلا بعد استيفاء الشروط وتمام النظر كما في ابن سهل ومن جملتها الأداء والقبول، وقولنا: من غد تاريخه لأن اليوم المكتوب فيه يلغى كما يأتي مع نظائره، ثم محل كون الآجال موكولة للاجتهاد إنما هو بالنسبة لأهل الاجتهاد من قضاة العدل، أما بالنسبة لمن ضعفت عدالته كقضاة الوقت فلا يخرج عما حدّ له كما يأتي آخر الفصل، ولذا قال:

٦٥ـ وَبِثَلاثَةٍ مِنَ الأَيَّامِ أَجَلَ فِي بَعْضٍ مِنَ الأَحْكَامِ

(**وبثلاثة**) يتعلق بقوله أجل (**من الأيام**) صفة له (**أجل في بعض**) يتعلق به أيضاً (**من الأحكام**) صفة لبعض، وذكر منها خمسة فقال وذلك.

٦٦ـ كَمِثْلِ إِحْضَارِ الشَّفِيعِ لِلثَّمَنْ وَالمُدَّعِي النِّسْيَانَ إِنْ طَالَ الزَّمَنْ

(**كمثل إحضار الشفيع**) من إضافة المصدر لفاعله (**للثمن**) يتعلق بإحضار على أنه مفعوله، والكاف في قوله: كمثل زائدة وهو خبر لمبتدأ محذوف كما ترى، ومعناه أن الشفيع إذا قال: أنا

(**وبثلاثة من الأيام أجل في بعض من الأحكام**) وذكر منها خمسة فقال: (**كمثل إحضار الشفيع للثمن**) عند أخذه بالشفعة وطلب التأخير ليأتي به، وأما إن طلب التأخير لينظر هل يشفع أم لا. فلا يؤخر على المشهور (خ) واستعجل أن قصد ارتياء أو نظراً للمشتري لا كساعة. وصدر ابن فرحون بأنه يؤخر ثلاثة أيام للتروي.

آخذ بشفعتي بالمضارع أو اسم الفاعل سواء قال المشتري سلمت لك أو سكت أو امتنع كما هو ظاهر إطلاق ابن رشد، فإن الشفيع يؤجل لإحضار الثمن ثلاثة أيام فإن أحضره وإلاَّ سقطت شفعته لأن كلاً من المضارع واسم الفاعل محتمل للوعد وليس صريحاً في الأخذ، فلا فرق حينئذ بين سكوت وامتناع وتسليم، ويترجح الاحتمال المذكور في الجميع بعد إتيانه بالثمن فقوله: وإذا سكت أو امتنع لا يؤجل ثلاثاً يريد بالاجتهاد الخ. مخالف للإطلاق المذكور ومناف للتعليل فالله أعلم بصحته قاله بعض قال: وهذا والله أعلم إذا لم يقل له المشتري لا أكتفي منك بهذا، بل لا بد أن تقول أخذت أو تركت وإن كان له استعجاله بالتلفظ بأحد اللفظين اهـ فتأمله.

قلت: قوله: وهذا إذا لم يقل الخ. يؤيده ظاهر قول ابن المواز وغيره: إذا أوقفه الإمام فقال: أخروني اليومين والثلاثة أنه لا يؤخر، ويقال له: إما خذ شفعتك الآن وإلا فلا شفعة لك اهـ. وأما إن قال: أخذت بالماضي، فإما أن يسلم له المشتري أو يسكت أو يمتنع، ففي الأول إن عرف الثمن لزمه ذلك ويباع عليه الشقص وغيره إن عجز عن أدائه، ولا يبطل فيه البيع إلا برضاهما ما لم يشترط عليه إن أتاه بالثمن، وإلا فلا شفعة فيعمل بشرطه كما في أبي الحسن، وفي الثاني يؤجله الحاكم للثمن باجتهاده فإن لم يأت به فيخير المشتري في بيع الشقص وفي إسقاط شفعته، وفي الثالث يؤجل فإن أتى به وإلاَّ سقطت، وظاهر النظم أن التأجيل بالثلاث للثمن جار في الصور كلها إلا أنه تارة يباع عليه وتارة تسقط شفعته كما رأيت، وإن كان في المدونة خصص التأجيل بالثلاث بما إذا زاد الأخذ وتبعها (خ) فقال: وإن قال أنا آخذ أجل ثلاثاً للنقد ولكن ظاهر التبصرة وغيرها كظاهر النظم، بل في ابن سلمون ما هو كالصريح في ذلك لأنه ذكر بعد وثيقة الاستشفاع ما نصه: وإذا طلب أن يضرب له أجل بالثمن بعد أخذه بالشفعة أجّل ثلاثة أيام على ما به العمل اهـ باختصار. ونحوه في ضيح وهو ظاهر إذ الشفعة بيع والثمن قد تخلد في ذمته فيما إذا قال: أخذت وسلم المشتري أو سكت كما مرّ. وقد قال ابن رشد: إذا سأل الغريم الحاكم التأخير بالدين اليوم ونحوه فإن القضاة اليوم يؤخرونه الثلاثة الأيام وفي (خ) وإن وعد بالقضاء وسأل تأخيراً كاليوم أعطى حميلاً بالمال، وعن العبدوسي فيمن اشترى سلعة أو دابة بالنقد فلما طلب به سأل التأخير قال: لا يؤخر به إلا الأمد اليسير الذي لا ضرر فيه على البائع كالثلاثة الأيام ونحوها إلا أن يثبت أنه لا ناض له فيحلف على ذلك ويؤجل حينئذ في بيع ما هو أسرع بيعاً عليه بعد أن يعطي في جميع الوجوه حميلاً بالمال اهـ باختصار. وافهم قوله لإحضار الثمن أنه إذا طلب المهلة ليتروى ويستشير ولينظر للمشتري لا يؤخر وهو كذلك على المشهور ومذهب المدونة (خ): واستعجل إن قصد ارتياء أو نظراً للمشتري إلا كساعة الخ. وظاهر قوله: كساعة الخ، ولو كان المشفوع خارج البلد وهو كذلك كما في ابن عرفة، ومقابل المشهور أنه يؤجل ثلاثة أيام ليستشير وينظر وهو قول مالك في مختصر ابن عبد الحكم، وبه صدر ابن فرحون وابن سلمون واختاره اللخمي إن وقفه بفور الشراء أو بعد أيام ولم يعلم به، وعليه درج الفاسي في عملياته كما درج على أنه يؤجل ثلاثة أيام ليستشير وينظر لإحضار الثمن إلى شهرين فقال:

وأجلوا ثلاثة الأيام ... للآخذ بالشفعة للإتمام
وزيد في أجل إحضار الثمن ... أكثر للشهرين إن ضاق الزمن

وقال أصبغ: يؤجل للإحضار بحسب قلة المال وكثرته وأقصاه شهر، واختاره ابن زرب وابن ناجي: وبه كنت أقضي وربما أزيد على الشهر. **(والمدعي)** معطوف على إحضار النسيان **(النسيان)** مفعوله وكمثل من ادعي عليه بمال أو غيره فادعى النسيان فيؤجل ثلاثة أيام ليتذكر فيقرأ وينكر **(إن طال الزمن)** الذي بين الواقعة والأداء فهو شرط في يؤجل المقدر **(تنبيه)**: قال ابن عرفة: إن قال من وجبت عليه يمين اضرب لي أجلاً أنظر في حسابي وأمري أنظر بقدر ما يراه، وعليه عول **(ح)** فقال: ومن استمهل لدفع بينة أمهل بالاجتهاد إلى قوله كحساب بكفيل بالمال الخ. وفي الطرر عن الشعباني أن من توجهت عليه يمين وطلب التأجيل لينظر في محاسبة أجل اليومين والثلاثة ولا يزاد. ابن عرفة: وأما عكس هذا وهو أن يطلب المدعي تأخير حلف المدعى عليه ففي نوازل ابن الحاج ليس له ذلك إلا برضا المطلوب. ابن عرفة: وهو مقتضى قول ابن عات من وجبت له يمين على رجل فتغيب عن قبضها كلف القاضي من يقتضيها إذا ثبت عنده مغيبه ويشهد على ذلك اهـ. ابن رحال وفي الكافي: ومن سأل الحاكم النظرة في يمينه فله ذلك ما لم يتبين ضرره اهـ. قال: فالسائل للتأخير في كلامه هو الطالب لليمين لا المطلوب بها اهـ.

٦٧ـ **والمُدَّعِي أنَّ لَهُ ما يَدْفَعُ ... بِهِ يَمِيناً أمْرُها مُسْتَبْشَعُ**

(والمدعي) معطوف على إحضار أيضاً **(أن له)** خبر مقدم **(ما)** موصولة أو نكرة موصوفة اسم أن والجملة من قوله **(يدفع)** صلة أو صفة والرابط الضمير في **(به يميناً)** مفعول بقوله يدفع **(أمرها مستبشع)** جملة من مبتدأ وخبر صفة ليمين، والجملة من أن وما دخلت عليه مقدرة بمصدر مفعول بقوله المدعي أي وكالذي ادعى عند توجه اليمين عليه وجود مدفع يدفع به الخ، فيؤجل للإتيان بما ذكر، والبشع الطعام الكريه فيه جفوف ومرارة ووصف اليمين بذلك لأنها مستكرهة للنفوس سواء قلنا بجواز الصلح عنها في دعوى تحقق بطلانها كما يأتي أم لا.

٦٨ـ **وَمُثْبِتٌ دِيناً لِمِديانٍ وفي ... إخْلاءِ ما كالرَّبعِ ذلِكَ اقْتُفِي**

(ومثبت) بفتح الباء معطوف على أن وما دخلت عليه فهو من إطلاق المفعول وإرادة المصدر كمسند بمعنى إسناد وكمحلوف بمعنى حلف أي: وكالذي ادعى أن يثبت ديناً أي إثباته لديان أو عليه ويجوز قراءته بكسرها عطفاً على إحضار أي وكمدع مثبت أي يثبت أي يريد أن يثبت فهو اسم فاعل بمعنى الاستقبال **(ديناً)** مفعول به على كلا الإعرابين **(لمديان)** يتعلق بمحذوف صفة أي كائناً لمديان زعم أنه لا شيء له فيريد المدعي أن يثبت أن له ديناً على آخر، فاللام على بابها أو بمعنى على فتكون لإثبات الدين على المنكر **(وفي إخلاء)** يتعلق باقتفى **(ما)** مضاف إليه

(والمدعي النسيان إن طال الزمن) أي من ادعى عليه بمال مثلاً، فزعم أنه نسي وطلب الإمهال حتى يتذكر فيقر أو ينكر.

(والمدعي) أي وكمن توجهت عليه يمين فادعى **(أن له ما يدفع. به يميناً أمرها مستبشع)** مبتدأ وخبر. والجملة صفة يمين والبشع الطعام الكريه فيه جفوف وكراهة قاله في القاموس. ولا شك أن اليمين مستكرهة للنفوس سواء قلنا بجواز الصلح عنها في دعوى يتحقق بطلانها وهو الصحيح أولاً **(ومثبت ديناً)** كائناً **(لمديان)** أعدم، وزعم أنه لا شيء له فثبت أن له ديناً على آخر واللام بمعنى على

(**كالربع**) صلته (**ذلك**) التأجيل المفهوم من أجل بثلاثة أيام مبتدأ (**اقتفي**) اتبع خبره أي من استحق من يده ربع بعدلين ولم يبق له إلا الإعذار وطلب المستحق توقيفه بإخلائه كما يأتي في قوله: ووقف ما كالدور غلق الخ. فإن الحائز يؤجل لإخلائه بما ذكر.

٦٩ـ وشَرْطُه ثُبوتُ الاسْتِحقاقِ بِرسمِ الإعذارُ فيه باقِي

(**وشرطه**) أي التأجيل للإخلاء مبتدأ (**ثبوت الاستحقاق**) خبره (**برسم**) يتعلق بثبوت (**الإعذار فيه باقي**) جملة من مبتدأ وخبر صفة لرسم أي لم يبق فيه إلا الإعذار لثبوته بعدلين كما قررنا، فهذه خمسة فروع التأجيل فيها بثلاثة ويزاد عليها غيرها مما يشبهها كما مرّ فيمن اشترى سلعة بالنقد أو وعد بالقضاء ونحو ذلك والله أعلم.

٧٠ـ وفي سِوَى أصْلٍ لَهُ ثمانِيَهْ ونِصْفُها لِستةٍ مُوالِيَهْ

(**وفي سوى أصل**) يتعلق بالاستقرار الذي تعلق به الخبر في (**له ثمانية**) مبتدأ أي ثمانية أيام ثابتة في إثبات سوى الأصول مما عدا ما مر (**ونصفها**) وهو أربعة مبتدأ (**لستة**) يتعلق بالخبر الذي هو (**مواليه**) أي تابعة للستة التي تلي الثمانية فيؤجل أولاً ثمانية ثم ستة ثم أربعة.

٧١ـ ثم ثَلاثَةٌ لِذاكَ تَتْبَعُ تَلوُّماً وأصْلُهُ تَمَتَّعُوا

(**ثم ثلاثة**) مبتدأ (**لذاك**) التأجيل بالأربع (**تتبع**) بفتح التاء مضارع تبع خبر ولذاك يتعلق به (**تلوماً**) حال من الضمير في تتبع أو مفعول لأجله والتلوم الأجل الأخير (**وأصله**) أي التلوم بالثلاث مبتدأ (**تمتعوا**) خبر قصد لفظه أي قوله تعالى: ﴿فقال تمتعوا في داركم ثلاثة أيام﴾ [هود:٥٦] فمجموع الأجل في سوى الأصل أحد وعشرون يوماً كما ترى. واعلم أنه يجب على القاضي أن يوقفه عند انقضاء كل أجل فإن أتى بشيء وإلاَّ كتب تحته وأجله قاضي كذا وهو وفقه الله أجلاً ثانياً بعد أن حضر عنده المتأجل المذكور وأعلمه بانصرام أجله فادعى أنه لم يأت بشيء بمحضر من يوقع اسمه أثره ممن حضر لذلك وأشهده القاضي المذكور إلى آخر الإشهاد كما مرّ. قال في النهاية: وكان بعض القضاة يكتفي بإحضاره في ابتداء التأجيل ولا يحضره في الثاني والثالث، بل إذا انقضى الأول كتب تحته أجلاً ثانياً من غير حضور المتأجل ولا سؤاله فإذا انصرفت الآجال والتلوم أحضره حينئذ، فإن أحضر إليه شيئاً وإلا عجزه. وقال: إنما يلزمني إحضاره في التأجيل الأول، فإذا عرف أني أجلته لم يلزمني إحضاره بعد ذلك في سائر

فتكون لإثبات الدين على المنكر. (**وفي إخلاء ما كالربع ذلك اقتفى**) أي اتبع التأجيل بثلاثة أيام فيمن استحق من يده ربع بشهادة عدلين ولم يبق له إلا الإعذار فيؤجل لإخلائه ثلاثة أيام كما قال (**وشرطه**) أي الإخلاء (**ثبوت الاستحقاق برسم الإعذار فيه باق**) وحده لثبوته بعدلين. كما قررنا، فهذه خمسة: نص على الأول منها في المقرب، وعلى الثاني والثالث المتيطي، وعلى الرابع الجزيري، وعلى الخامس ابن سهل (**وفي سوى أصل**) أي والتأجيل في غير الأصول (**له**) إحدى وعشرون يوماً (**ثمانية**) أولاً (**ونصفها**) وهو أربعة كونها (**لستة مواليه**) أي وقعت بعد ستة أجلاً ثانياً (**ثم ثلاثة لذاك**) التأجيل بالأربع (**تتبع**) هي أي الثلاث حال كونها (**تلوماً**) والتلوم الأجل الأخير (**وأصله**) أي التلوم بثلاث قوله تعالى: قال: ﴿(**تمتعوا**) في داركم ثلاثة أيام﴾ [هود:٦٥].

التأجيلات كما لو جمعتها عليه قال: وليس هذا بتمام لأنه إذا لم يحضره ربما ادعى أنه لم يؤجل غير الأجل الأول اهـ. باختصار وبعضه بالمعنى.

تنبيهات. الأول: إذا تم الأجل الأول فلا تكتب الثاني في اليوم الذي يتم فيه الأول لأنه لا يتم إلا بانقضائه، بل اكتبه في اليوم الذي بعده ثم لا تحسب بذلك اليوم الذي كتبت فيه كما مرّ قاله ابن مالك القرطبي.

الثاني: لا يؤجل في قوله: سوى أصل تأجيل العبيد للإتيان بشاهد ثان على حريته بل يؤجل الشهرين والثلاثة، ولا سيما إن ادعى غيبته كما في التبصرة، وكذا من شهد عليه بما يقتضي القتل من زندقة ونحوها فادعى أن بينه وبين القاضي عداوة تمنع حكمه فإنه يؤجل لإثباتها شهرين اتفق عليه أهل قرطبة.

الثالث: إذا انقضت الآجال ولم يأت بشيء وأراد التسجيل عليه فأظهر وثيقة أو بينة وأراد إثباتهما فقيل يضرب له بعد ذلك أجلاً قاطعاً فإن أثبت وإلاّ سجل عليه، وقيل يسجل عليه ولا يؤجل. وقال ابن حارث: الصواب عدم التسجيل عليه وبعده بالإشهاد عليه ليوم بعينه، فإن أثبت وإلا سجل عليه وقيل: ذلك مصروف لاجتهاد القاضي فإن رأى له في ذلك منفعة أجله بالاجتهاد وإلاّ سجل عليه. ذكر ذلك في اختصار البرزلي. ونقل ذلك أيضاً في أقضية المعيار. قلت: ولعله خلاف في حال وأن من قال لا يؤجل رآه ملداً كما يأتي عند قوله: ومثله حائز ملك سكنه. ثم قال البرزلي بعد ذلك: ومن ثبت عليه أنه غاصب لدار مثلاً فضربت له الآجال وانصرمت فقال بعد ذلك: لا حق لي فيها وهي لأخي فقيل: يسجل عليه ولا يعذر للأخ، وعن ابن زرب: إن ألفيت الأملاك بيد أحد من سبب الأخ فيعذر فيه للأخ وإلاّ سجل عليه بما ثبت.

الرابع: إذا أجله الحاكم الأجل الأول مثلاً ثم تغيب حتى مضى مقدار الأجل الثاني والثالث فقد ذكروا في أوائل الأنكحة من المتيطية في ذلك خلافاً. وقال أبو الحسن على قولها: من اشترى شيئاً بالخيار ولم يضرب له أجلاً جاز وجعل له من الأمد ما ينبغي في مثل تلك السلعة ما نصه قال الشيوخ: معناه إذا عثر عليه قبل مضي أمد الخيار، وأما إن لم يعثر عليه حتى مضى القدر الذي يضرب لتلك السلعة فإن الإمام يوقفه فإما أن يختار أو يرد. انظر هل يقوم من هنا أن الخصم إذا تغيب مقدار ما يؤجله الحاكم ثم ظهر فإنه يوقفه ولا يؤجله وأخذه من هنا بين. قال الفقيه: وأما أنا فأحتاط وأستأنف له ضرب الأجل، ولكن يختلف ذلك باختلاف الخصوم فرب خصم يظهر منه أن ذلك لدد فلا يؤجل له اهـ.

٧٢ـ وفي الأُصُول وفي الإرْث الْمُعْتَبَرْ   مِنْ عَـدِ الأَيّام خَـمْـسَـةَ عَـشَـرْ

(وفي) إثبات **(الأصول وفي)** إثبات **(الإرث)** والمجروران يتعلقان بالمبتدأ الذي هو **(المعتبر)** وكذا **(من عدد الأيام)** أي المعتبر في التأجيل وهو المعبر عنه بعدد الأيام في إثبات الأصول من

(وفي الأصول وفي الإرث) المجروران متعلقان بما بعدهما أي و **(المعتبر. من عدد الأيام)** في الأصول أي في إثباتها وما تقدم هو في إخلائها، وفي إثبات الإرث شهر ثلاثون يوماً تفرق. **(خمسة**

إرث أو غيره، وفي إثبات الإرث من غير الأصول (**خمسة عشر**) أولاً خبر المبتدأ.

٧٣ـ ثـمَّ تَـلِـي أربـعـةٌ تُـسْـتَـقْـدَمُ بِـضِـعْـفِـهـا ثُـم يَـلـي الـتَّـلـوُّمُ

(**ثم تلي**) الخمسة عشر (**أربعة**) فاعل تلي والجملة معطوفة (**تستقدم بضعفها**) وهو ثمانية.

والجملة صفة لأربعة أي يؤجل خمسة عشر أولاً ثم ثمانية ثم أربعة (**ثم يلي**) الأربعة التي بعد الثمانية (**التلوم**) بثلاثة فاعل يلي والجملة معطوفة أيضاً فالمجموع شهر كامل، وهذا مع حضور البينة في البلد أو بقربه فإن بعدت غيبتها فهو قوله.

٧٤ـ وفـــي أصـــولِ إرْثٍ أو سِـــوَاهُ ثَـــلاثَــةُ الأشـهُــرِ مُـنْـتَـهَـاهُ

(**وفي**) إثبات (**أصول إرث أو سواه**) أي الإرث (**ثلاثة الأشهر**) خبر مقدم (**منتهاه**) مبتدأ وضميره للتأجيل والمجرور يتعلق به أي منتهى الأجل في أصول الإرث أو غيره ثلاثة أشهر.

٧٥ـ لَـكِـنْ مَـعَ ادِّعـاءِ بُـعْـدِ الـبَـيِّـنَـة وَمِـثْـلُـهُ حـائـزُ مِـلْـكٍ سَـكَـنَـهْ

(**لكن**) محل التأجيل بذلك (**مع ادعاء بعد البينة**) فالظرف خبر للمبتدأ المقدر بعد لكن الاستدراكية ثم لا يوقف الأصل المذكور ولا يحال بينه وبين صاحبه بمجرد هذه الدعوى كما يأتي في الإيقاف والبعد كالعراق من المدينة. وكلام الناظم إنما هو إذا سأل المطلوب من الحاكم أن يقطع عنه شغب الطالب، وإلاَّ فلا حاجة للتأجيل المذكور، بل يقول للطالب اثبت دعواك فإن أراد الطالب تحليف المطلوب مع بقائه على حجته فلا بد من تسمية الشهود كما مرّ، ويأتي أيضاً عند قول الناظم وإن تكن بعيدة الخ (**ومثله**) خبر عن قوله (**حائز ملك**) وقوله (**سكنه**) جملة فعلية صفة للملك.

٧٦ـ مـعْ حُـجَّـةٍ قَـوِيَّـةٍ لَـهُ مَـتَـى أثْـبَـتَـهُ لِـنَـفْـسِـهِ مَـنْ أثْـبَـتَـا

(**مع**) ادعاء (**حجة قوية له**) أي للحائز والظرف في محل نصب على الحال أي الحائز للملك

عشر) ثم ثمانية ثم أربعة ثم ثلاثة وهي معنى قوله: (**ثم تلي أربعة تستقدم. بضعفها**) وهو الثمانية (**ثم يلي**) الأربعة التي بعد الثمانية (**التلوم**) بثلاثة أيام قاله ابن العطار وغيره. قال ابن فرحون: ويوقفه الحاكم عند تمام كل أجل من هذه الآجال ثم يوسع له بالأجل الثاني إلى تمام الشهر اهـ. وقال ابن رشد: بعشرة ثم بعشرة ثم يتلوم بعشرة أو بثمانية ثم ثمانية ثم ثمانية ثم يتلوم بستة قال: أو يضرب له أجلاً قاطعاً من ثلاثين يوماً يدخل فيه التلوم والآجال كل ذلك مضى من فعل القضاة، وهذا كله مع حضور البينة في البلد فإن كانت غائبة عن البلد فيؤجل له أكثر من ذلك اهـ. وكلام الناظم يفيد أن هذا مع حضور البينة أو غيبتها غيبة قريبة بدليل قوله: (**و**) التأجيل (**في**) إثبات (**أصول إرث أو سواه. ثلاثة الأشهر منتهاه**) ويفهم منه أن للقاضي أن يؤجله بأقل (**لكن**) هذا كله (**مع ادعاء بعد البينة ومثله**) أي مثل ما ذكر في التأجيل بثلاثة أشهر (**حائز ملك سكنه**) مثلاً ادعى فيه شخص أنه ملكه وأقام على ذلك بينة ثابتة، فزعم الحائز أن له حجة إن أثبتها كان أحق بالملك من المدعي فيؤجل في إثباتها أيضاً الشهرين والثلاثة وهو معنى قوله: (**مع حجة قوية له**) أي للحائز فيؤجل ما ذكر لأجل دعواه (**متى. أثبته**) أي الملك الذي بيده (**لنفسه من أثبتا**) أي من أثبته لنفسه، وزعم هو أن له ما يعارضه فإن مضى الأجل ولم يحضر شيئاً وذكر غيبة شهوده وتفرقهم فهل يضرب

بالسكنى مثلاً يطلب المهلة مع ادعاء حجة قوية مماثل لما قبله في التأجيل المذكور **(متى أثبته)** أي الملك الذي بيده **(لنفسه من)** موصولة فاعل أثبته **(أثبتا)** صلته والعائد محذوف، والجملة شرط في الحكم الذي هو المماثلة والجواب محذوف لتقدم ما يدل عليه كقوله: أنت ظالم إن فعلت، والتقدير والحائز الطالب للمهلة مع ادعاء الحجة مماثل لما قبله في التأجيل إن أثبت الملك الذي بيده لنفسه القائم الذي أثبته أي الذي كان يريد إثباته فهو على حذف الكون والإرادة. وحاصل معناه أن الحائز لشيء إذا نوزع فيه وادعى أن له حجة تقطع حجة القائم فإنه يؤجل لإثباتها بثلاثة أشهر، وأسهل من هذا البيت لو قال إثر قوله سكنه ما نصه:

يدع حجة تعارض التي أثبت قائم بغير علة

وبغير علة حال أي أثبتها حال كونها بغيرعلة توهنها. قال في العتبية: فإذا انقضت الثلاثة ولم يثبتها وادعى غيبة شهوده وتفرقهم وسأل الزيادة في الأجل فإن كان مأموناً لا يتهم بباطل زيد له فيه وإن كان ملداً يريد الإضرار بخصمه لم يزد له إلا أن يذكر أمداً يقارب شأنه ولم يعلم كذبه في مثله اهـ. فقوله: ومثله حائز الخ أي يؤجل بذلك ولو لم يدع بعد بينته فهو مشبه فيه بدون قيده كما هو ظاهر المتيطية والتبصرة، وفي الأقضية من أجوبة ابن رشد فيمن أجل أجلاً بعد أجل ثم تلوم له فاستظهر برسم فيه ابتياع أبيه من القائم عقد ببياسة وهي لا حاكم بها تثبت عنده الحقوق ويخاطب بها قال: الواجب أن يوسع عليه في الأجل فإن طال الأمر ولم يقدم بيباسة حاكم كتب القاضي الذي يتخاصمون عنده إلى رجل ثقة عدل مرضي من أهل بياسة فيشهد عنده الشهود ويخاطبه بذلك، فإذا ورد عليه جوابه بشهادة الشهود عنده وقبوله لهم ثبت العقد بذلك وقضى به اهـ. وهو يؤيد ما مر في التنبيه الثالث.

٧٧ـ وَبَيْعُ مِلْكٍ لِقَضَاءِ دَيْنِ قَدْ أَجَّلُوا فِيهِ إلَى شَهْرَيْنِ

(وبيع ملك) دار أو غيرها مبتدأ **(لقضاء دين)** على ربها الغائب أو الحاضر وهو يتعلق ببيع **(قد أجلوا فيه)** أي في تسويفه للبيع من شهر **(إلى شهرين)** يتعلق بأجلوا. والجملة خبر المبتدأ (خ) وعجل بيع الحيوان واستؤني بعقاره كالشهرين، ثم إذا انقضى الشهران فإنه يباع عليه ولو لم يبلغ القيمة لأنه غاية المقدور كما لابن محرز، وكذا بيع ربع اليتيم للنفقة عليه، وإذا بيع عليه وأثبت أن في البيع غبناً فلا يسمع لأن مثل هذا البيع لا يتصور فيه الغبن كما يأتي في فصلي الغبن والبيع على الغائب إن شاء الله.

٧٨ـ وحلُّ عَقْدِ شَهْرٌ التَّأجِيلُ فِيهِ وذا عِنْدَهُمُ المَقْبُولُ

لذلك أجل آخر ويزاد على ما ذكر قال في العتبية: أما الرجل المأمون الذي لا يتهم بباطل فيزيده في الأجل، وأما الملد الذي يرى أنه يريد الإضرار بخصمه فلا يمكن من ذلك إلا أن يذكر أمراً يتقارب شأنه ولم يعلم كذبه في مثله اهـ. فظهر أن في كلام المصنف أمرين تقييده غيبة البينة بالبعد وعدم ذكره الزيادة للمأمون في الثانية. **(وبيع ملك)** دار أو غيرها **(لقضاء دين)** على ربها ليس له ما يؤديه منه سوى ثمنها **(قد أجلوا فيه)** أي في بيع ذلك الملك من شهر **(إلى شهرين)** لافتقاره للتسويف ولأنهما مظنة الشهرة وعلم من يريد الشراء **(وحل عقد)** المراد الجنس **(شهر)** خبر مقدم عن قوله:

(وحل عقد) مبتدأ **(شهر)** خبر عن قوله **(التأجيل فيه)** والجملة خبر المبتدأ **(وذا)** مبتدأ **(عندهم)** يتعلق بالخبر الذي هو **(المقبول)** ومقابله يؤجل بشهرين وحل العقود كما قال ولد الناظم أول الشهادات من شرحه ونقله في شهادات المعيار أيضاً: يكون بأشياء إما بظهور تناقض على السواء في الاسترعاء أو بظهور تناقض من المشهد أو من في حكمه في الأصل كاختلاف قول أو اضطراب مقال أو بمضادة قوله لنص ما شهدوا له به، وإما بتجريح شهوده وإما بثبوت استرعاء أو إقرار على صفة بعداوة بين الشهود وبين المحكوم عليه في غير ذات الله يثبت اتصالها من قبل تاريخ أداء الشهادة المدفوع فيها بالعداوة إلى تاريخ شهادة العارفين بالعداوة المذكورة، وإما بثبوت استرعاء معروف السبب فيما انعقد بعوض أو غير معروف السبب فيما انعقد بغير عوض، وإما بظهور استحالة في متون الرسوم اهـ.

قلت: تقدمت أمور من الاضطراب عند قوله: ولانحصار ناشىء الخصام الخ. فمثال تناقض الاسترعاء أن يشهدوا بملكية فرس مثلاً لشخص وأنه من ماله، وأنه من نتاج كسبه لا يعلمون باعه ولا وهبه ولا خرج عن ملكه منذ تملكه بالشراء الصحيح من فلان الخ. فعجز الوثيقة يناقض صدرها والاسترعاء هي الشهادة التي يمليها الشاهد من حفظه ويسندها إلى علمه كتعديل أو تجريح أو تصرف في ملك أو معاوينة غصب أو سرقة ونحو ذلك وتصدر بفي علم شهيديه أو بفعل وما في معناه مصرحاً به أو محذوفاً للاختصار، فالمصرح به كقوله يشهد أو يعلم من يضع اسمه أو من يتسمى أثره، ونحو ذلك والمحذوف كقوله: حضر من يوقع اسمه اغتصاب فلان لفلانة ونحوه، فإن تقديره يشهد من يتسمى بعد هذا أنهم حضروا كذا ووسطه أوصاف ما تحمل معلوماً عند الشاهد وعجزه فعل لا غير كقوله: شهد بما في الرسم من حضر لذلك أو عاينه ونحو ذلك. وقوله: أو بظهور تناقض من المشهد ومن في حكمه أي المشهد بضم الميم وكسر الهاء وهو من يشهد الشهود على عقد عقده أو دين التزمه أو اعترف به ونحو ذلك، والذي في حكمه هو وكيله أو وارثه أو غريمه والأصل هو ما يمليه العاقد إن على الشهود من بيع أو هبة أو صداق أو كراء، ونحو ذلك وصدره فعل وافعل وافتعل كوهب وشفع أو أصدق أو أنكح أو اشترى أو اكترى ونحو ذلك ووسطه أوصاف ما أشهد به المشهد من الوجوه التي التزمها وعجزه شهد على إشهاد الواهب أو المتبايعين ونحو ذلك. وبالجملة، فكل فعل في الصدر والإعجاز كان مضافاً إلى الشاهد فهو استرعاء وكل فعل في الصدر والإعجاز كان مضافاً إلى

(التأجيل فيه) والجملة خبر حل قال الشارح: وحل العقود يكون بأشياء إما بظهور تناقض على السواء في الاسترعاء وهي الشهادة يمليها الشاهد من حفظه ويسندها إلى علمه وتصدر وثيقتها بفي علم شهيده أو يشهد من يضع اسمه عقب تاريخه بمعرفة كذا الخ، أو نحو ذلك أو بظهور تناقض من المشهد ومن في حكمه في الأصل كاختلاف قول واضطراب مقال أو مضادة قوله لنص ما شهد له به، وقد علم منه أن شهادة الأصل هي ما يمليها المشهود عليه على الشاهد فيكتبها وأنها مقابلة للاسترعاء المذكور هنا، وأما بتجريح شهودها وأما بثبوت استرعاء معروف السبب فيما انعقد بعوض أو مطلقاً فيما انعقد بالتبرع، وأما بظهور استحالة في متون الرسوم اهـ بزيادة بيان **(وذا)** أي التأجيل في حل العقود بشهر **(عندهم)** متعلق بقوله **(المقبول)** ومقابله يؤجل فيه بشهرين.

المشهد، ومن في حكمه، فهو أصل. ومثال تناقضه أن يشهدهم أن الدار الفلانية مثلاً ورثها عن أبيه ولا زال يتصرف فيها منذ تملكها بالهبة أو الشراء من فلان الخ. أو يشهدهم أنه حبسها على أولاده وأعقابهم حبساً مؤبداً تكون مالهم وملكهم ونحو ذلك، وكأن يكون صدر الرسم استرعائياً وعجزه أصلياً مثل أن يقول: يشهد من يضع اسمه بأن فلاناً غصب جميع كذا من فلان في وقت كذا شهد على إشهاد الغاصب بالغصب المذكور، وكذا العكس. ولذا قال الشارح: يجب الاهتمام بصيغ الألفاظ لتكون متفقة في الصدر والإعجاز لئلا يلتبس حكم كل منهما أي من الأصل والاسترعاء بحكم الآخر فيفضي إلى اختلاف المعنى اهـ. وقوله: كاختلاف قول الخ. مثال على اللف والنشر المرتب أي كاختلاف قول الشاهد في الاسترعاء واضطراب مقال المشهد في الأصل كما قررنا والضمير المجرور بالقول في قوله أو بمضادة قوله الخ. يعود على المشهود له الذي هو صاحب الحق المفهوم من السياق لا على المشهد السابق لفساد المعنى لأن المشهد هو المحكوم عليه فهو مشهود عليه لا له، ومثاله أن يشهدا له بالملكية للفرس مثلاً وأنه من نتاج كسبه فيعترف هو أنه تملكه بالشراء، ومن هذا ما في معاوضات المعيار عن سيدي مصباح فيمن اشترى أرضاً فسئل عن ثمنها فقال كذا، فلما أقام البينة بابتياعه شهدت بأقل من الثمن الذي ذكره أو بأكثر قال: إنه مكذب لبينته في الابتياع خاصة على المشهور المعمول به وليس مكذباً لهم فيما يصدقهم فيه من غير تلك القضية إذ لا يجرح الشاهد بالكذب حتى يكون مجرباً عليه اهـ. ثم ذكر عنه في مثلها بعد ذلك بنحو الورقتين أنه لا يكون مكذباً إن ادعى النسيان أو الغلط إلا أن يكون في خصام فيكون مكذباً لأنه موضع التحرز اهـ. ومنه ما في تبصرة اللخمي فيمن شهد أن فلاناً ذبح فلاناً وشهد الآخر أنه أحرقه، والمشهود عليه منكر الشهادتين فإن قام الأولياء بالشهادتين بطل الدم، وإن قاموا بإحداهما أقسموا معه اهـ. وإنما بطلتا معاً إذا قاموا بهما لأن من أدلى برسم فهو قائل به فهم يقولون بلسان الحال ذبحه أحرقه فقد كذبا كلاً منهما وقد تقدم كثير من هذا عند قوله. ولانحصار ناشىء الخصام. وانظر ما يأتي في الاستحقاق إن شاء الله عند ابن رشد فيمن أقر أبوه أن الملك بينه وبين قوم آخرين ومات فادعى ولده بعد نحو الستين سنة وهو يحوزه أن الملك خاص بأبيه أن والمقوم عليه إن كذب بينة الإقرار وعجز عن إبطالها أو صدقها وادعى أن أباه كان اشترى حصة غيره وعجز عن إثبات الشراء ولو بالسماع، فإنه يحكم بالملك للقائم إن كان غائباً في مدة الحيازة. وقوله: وإما بثبوت استرعاء وإقرار إلى قوله: بالعداوة الجار والمجرور من قوله على صفة يتنازع فيه استرعاء وإقرار بالاسترعاء كأن يشهد شاهدان بعداوة بين شهود الحق المقوم به وبين المشهود عليه فتسقط شهادة شهود الحق بشرط كون العداوة دنيوية لا دينية، وبشرط كونها سابقة على تاريخ أداء الشهادة بالحق واتصلت إلى حين أداء الشهادة بهذه العداوة والإقرار أن يشهد عدلان بإقرار القائم صاحب الحق بالعداوة بين شهود الحق وبين المشهود عليه على الوجه المذكور. وقوله: وإما بثبوت استرعاء معروف السبب الخ. المراد بالاسترعاء هنا معناه الخاص وهو المعبر عنه بالاستحفاظ كما يأتي في باب الصلح إن شاء الله، وليس المراد به الاسترعاء بالمعنى المتقدم. وقوله: معروف السبب هو ما وقع لأجله الاستحفاظ من تقية خوف أو إنكار غريم، فإذا كان الاسترعاء في المعاوضات من بيع أو إجارة أو خلع ونحوه، فلا يكفي شهادة الشهود عليه بأن ما يعقده على نفسه في المستقبل من بيع

ونحوه غير ملتزم له، وإنما يفعله خوفاً من كذا، بل حتى يشهد الشهود المذكورون أو غيرهم بصحة ما ذكره من الخوف وقت البيع أو الخلع أو الإنكار ونحو ذلك بخلاف التبرعات من عتق وهبة ونحوهما، فإنه يكفي إشهاده بأنه إنما يفعله خوفاً من كذا، ولا يحتاج لإثبات التقية، والفرق أنه في المعاوضات أخذ العوض فلا يصدق فيما يدعيه من الخوف ونحوه حتى يثبته بخلاف التبرعات. وقوله: أو بظهور استحالة الخ. أي بظهور ما يستحيل عادة كأن يستظهر القائم برسم يظهر من تاريخه أن المقوم عليه كان وقتئذ لم يوجد أو لم يبلغ الحلم، ومنه ما في المعيار عن ابن رشد في سبخة بين أرض قوم لم يدعها أحد إلى أن قام رجل وأثبتها لنفسه ببينة غريبة من أهل الموضع فأنكره أهله زاعمين أنها لهم لكونها بين أراضيهم مجاورة لها فهي من أفنيتها. وفي البلد ناس مضت عليهم أعصار لم يشهد أحد قط بمثل ما شهد به أولئك الغرباء قال: إذا كان في البلد عدول لا يدعون في السبخة حقاً ولا يعرفون للقائم فيها ملكاً بشهادة الغرباء غير جائزة والواجب أن تبقى مسرحاً لجميعهم.

تنبيه: الاسترعاء بمعنى الاستحفاظ لا يكون إلا في شهادة الأصل لا في شهادة الاسترعاء بالمعنى المتقدم فهو مما تفترق فيه شهادة الاسترعاء من شهادة الأصل زيادة على ما مرّ ومما تفترق فيه أيضاً أن الأصل يوقف الخصم عليه ويسأل عنه قبل ثبوته ليقر أو ينكر، ولا يسئل المقدم عليه بالاسترعاء ولا يوقف عليه حتى يثبت كما مرّ، وإن الاسترعاء قد يوجب أحكاماً عامة كثبوت هلال رمضان للصيام بخلاف الأصل فلا يوجب إلا أحكاماً خاصة، وأن الحكم في تعارض الأصل معلق بالتاريخ وفي الاسترعاء معلق بالأعدل من شهود الرسمين المتعارضين، وأن كل وثيقة قام بها الخصم على خصمه ولخصمه فيها منفعة يرجوها فإن له أخذ نسخة منها بخلاف الاسترعاءات كرسم الإراثة ونحوه فلا يلزمه إعطاء نسختها لأن الذين شهدوا بها وبما تضمنته حضور فله أن يقول اذهب إلى من شهد لي يقيد لك شهادته كما قيدها لي إذا كانوا حضوراً وأنه يستكثر من شهوده في الترشيد والتسفيه كما يأتي، وكذلك في الرضاع عند ابن الجهم قالوا: وكذا ينبغي في كل موضع تكون فيه الشهادة على الظن الغالب الذي لا سبيل فيه إلى القطع كالتفليس وحصر الورثة والاستحقاق والشهادة لامرأة بغيبة زوجها وتركها بغير نفقة والشهادة بالسماع ونحو ذلك، فإن لم يمكنه الاستكثار المذكور فيكفيه العدلان حتى في التسفيه والترشيد كما في أقضية البرزلي بخلاف الأصل فإنه لا يطلب فيه الاستكثار من شهوده ولو مع الإمكان، ولذا قال ابن رشد: إذا طلب البائع بالدين الإشهاد على مشتريه بأكثر من اثنين وامتنع الآخر فإن البائع لا يجاب وأن شهود الاسترعاء يستفسرون عن شهادتهم بعد أدائها دون شهود الأصل لأنه في الأصل إنما هو حاك عن غيره وأنه لا يقبل في الاسترعاء إلا العدل المبرز المتيقظ الضابط العارف بطرق الشهادة وتحملها وأدائها ومعاني الألفاظ وما تدل عليه نصاً وظاهراً ومفهوماً قاله ابن أبي الدنيا. قال: وهذا بحسب ما يدل عليه عقد الاسترعاء في فصوله ومن طول الأمد وقربه لما يعرض في طول الأمد من النسيان، لا سيما إذا كان العقد يتضمن فصولاً اهـ. نقله في المعيار ونحوه في الفائق قال: وعن بعض المفتيين لا تقبل شهادة الاسترعاء إذا تأخرت عن زمن تحملها إلاَّ حفظاً من صدره اهـ.

قلت: وهذا لا يجري في اللفيف الذي به العمل عندنا إذ لا توجد فيهم العدالة فضلاً عن التبريز.

٧٩ـ تُجْمَعُ الآجَالُ والتَّفْصِيلُ فِي وَقْتِنَا هٰذَا هُوَ المَعْمُولُ

(**وتجمع**) بضم التاء مبنياً للمفعول (**الآجال**) نائبه قال المتيطي: وله أن يضرب له أجلاً قاطعاً من ثلاثين يوماً ويخبره أنه جمع له في ذلك الآجال والتلوم حتى يعرف ما يترتب عليه اهـ. وانظر هل إخباره بذلك واجب بحيث يبطل الحكم إذا لم يخبره أم لا؟ وهو الظاهر من وثيقة له في أوائل النكاح ذكر فيها ما نصه: وأجله وفقه الله لإثبات عدمه بالصداق آجالاً جمعها له مع التلوم في أحد وعشرين يوماً أولها كذا شهد على إشهاد القاضي الخ. فلم يذكر فيها أنه أخبره بالجمع المذكور، فلو كان واجباً ما أمكنه تركه ولا يلزم من التنصيص عليه في رسم الآجال أن يكون علم به لأن رسم الآجال لا يكون بيده بل بيد الطالب (**والتفصيل**) للآجال مبتدأ و(**في وقتنا**) يتعلق به (**هذا**) نعت لوقت (**هو**) مبتدأ ثان (**المعمول**) به خبره. والجملة من المبتدأ الثاني وخبره خبر الأول، ويجوز أن يكون في وقتنا يتعلق بالمعمول أي والتفصيل للآجال على حسب ما مرّ في وقتنا. هذا هو المعمول به عند قضاة العدل دون جمعها، ومن ثمرته ما مرّ من أنه يوقفه عند تمام كل أجل.

تنبيه: تقدم أن الآجال موكولة لاجتهاد الحكام وأن التفصيل المذكور لا يجب الوقوف عنده، لكن المناسب لما مر عند قوله وقول سحنون به اليوم العمل الخ. من ضعف عدالة قضاة الوقت أن لا يقبل منهم أقل من هذه التحديدات المذكورة، وأنه إن حكم عليه بعد أن أجله بأقل وعاجله بالحكم والمحكوم عليه يطلب ما وجب له على التفصيل المار ينقض حكمه وتعجيزه إن أتى بحجة لأنهم إنما استحسنوا التحديدات المذكورة وعملوا بها رفعاً للتهم فكما لا يقبل قول قاضي الوقت: حكمت بعد أن أجلت ونحوه كما مرّ كذلك لا يقبل قوله اجتهدت في قدر أجله إذ ليس هو من أهل الاجتهاد، ولذا صرح غير واحد بأن العمل على التفصيل المتقدم. وانظر ما يأتي عند قول الناظم في التوقف فلا غنى عن أجل مضروب.

فصل في الإعذار

مصدر أعذر إذا بالغ في طلب العذر. وقال المبرد في معاني القرآن: يقال أعذر الرجل إذا أتى بعذر صحيح، ومنه المثل: من أنذر فقد أعذر أي قد بالغ في العذر من تقدم إليك فأنذرك، ومنه أعذر القاضي إلى من ثبت عليه حق في المشهود به. وفي العرف قال ابن عرفة: سؤال الحاكم من توجه عليه موجب حكم هل له ما يسقطه اهـ. والأصل فيه قوله تعالى في قصة

(**وتجمع الآجال**) أي يجوز للقاضي أن يجمعها كما مرّ عن ابن رشد (**والتفصيل. في وقتنا هذا هو المعمول**) ومن ثمرته ما ذكره في التبصرة من أنه يوقفه القاضي عند تمام كل أجل وقد مرّ جميع ذلك.

فصل في الإعذار

هو في الأصل مصدر أعذر إذا بالغ في طلب العذر. وفي الاصطلاح قال ابن عرفة: هو

الهدهد: ﴿لأعذبنه عذاباً شديداً﴾ [النمل:٢١] الآية. فجعل له عذراً إذا آتاه بسلطان مبين وقوله تعالى: ﴿وما كنا معذبين حتى﴾ [الإسراء:٥١] إلى غير ذلك. ويعذر في المزكي والمزكى وكذا في شهود الخط ويسمى ذلك للمشهود عليه. واختلف هل يقول له دونك فجرح وإلا حكمت أو لا يقول له ذلك؟ ثالثاً: إن كان قبولهم بالتزكية، ورابعها لابن القاسم يقول ذلك لمن لا يدريه كالمرأة والضعيف.

٨٠ـ وَقَبْلَ حُكْمٍ يَثْبُتُ الإعْذَارُ بِشَاهِدَيْ عَدْلٍ وَذَا المُخْتَارُ

(**وقبل حكم**) يتعلق بقوله (**يثبت**) بفتح أوله وضم ثالثه بمعنى يجب أي يثاب على فعله ويعاقب على تركه (**الإعذار**) فاعله أي يجب الإعذار للخصم عند إرادة الحكم عليه فهو قريب من كلام ابن عرفة (**بشاهدي عدل**) يتعلق بمحذوف لا بيثبت المذكور كما يأتي إلا أن يريد به الحقيقة والمجاز أي أطلقه على الوجوب قبل الحكم وعلى الثبوت الحقيقي بعده أي يجب على الحاكم قبل حكمه الإعذار بقوله لمن توجه عليه الحكم أبقيت لك حجة أو هل لك ما يحقق دعواك ويثبت الإعذار بذلك عند التنازع فيه بشاهدي عدل فمعمول الإعذار محذوف والعامل في الجار على الوجه الأول كذلك كما ترى، ويدل لحذف العامل في الجار قوله بعده وشاهد الإعذار الخ، تأمل، فيستفاد منه حينئذ أن الحكم من غير تقدم إعذار بما ذكر باطل وهو كذلك لأنه شرط صحة فيه على المذهب لحق الله وما للبناني من أنه إنما يبطل إذا خلا من الإعذار رأساً لا قبل الحكم ولا بعده فيه نظر يعلم بالوقوف على مسألة الترجالي في أنكحة المعيار، وعلى ما في نوازل الضرر منه وأن الإعذار لا يثبت بمجرد قول القاضي أعذرت فحكمت بل حتى تشهد بذلك بينة كما مرّ عند قوله وقول سحنون به اليوم العمل الخ. وتعلق الجار بيثبت المذكور مع إطلاقه على حقيقته لا يفيد ما ذكرناه كما يعلم بالتأمل إذ لا داعي لإثباته قبل الحكم إذ لا نزاع فيه حتى يطلب إثباته. نعم إذا قلنا التأجيل إعذار واختلف فيه قبل الحكم فيمكن ذلك وسيأتي أنه يعذر له ابتداء وانتهاء. والحاصل أنه تارة يتفقان على أن الحكم وقع قبل الإعذار وتارة يختلفان فيقول القاضي: ما حكمت حتى أعذرت لك، فلم تأت بحجة، وأنكر المحكوم عليه الإعذار له وفي كل منهما خلاف والمعتمد بطلان الحكم فيهما حتى يثبت الإعذار ولذا قال: (**وذا**) أي ما ذكر من كون الإعذار واجباً قبل الحكم وكونه يثبت بشاهدين هو (**المختار**) المعمول به خلافاً لمن قال أنه يحكم أولاً وبعد ذلك يعذر للمحكوم عليه فإن أبدى مطعناً وإلا استمر الحكم عليه، ولمن قال يثبت الإعذار بمجرد قول القاضي وإن لم يعلم إلا من قوله كما في التبصرة وغيرها فإن ذلك كله ضعيف لم يصحبه عمل، ولذا احتاج الناظم إلى نفي الإعذار في شاهده فقال: وشاهد الإعذار الخ. وعلله بالتسلسل إذ لو كان قول القاضي فيه مقبولاً لم يعلله بذلك فقوله المختار راجع

سؤال الحاكم من توجه عليه موجب حكم هل له ما يسقطه (خ) وأعذر بقيت لك حجة، واختلف هل محل الإعذار قبل الحكم فإذا قال المطلوب لم تبق لي حجة حكم عليه أو يحكم عليه القاضي أولاً عندما يظهر انتفاؤها ثم ينذر إليه. قال ابن عبد السلام: والأول المشهور. وقال في المفيد: وبه العمل، وإليه أشار الناظم بقوله: (**وقبل حكم يثبت الإعذار**) فإن حكم بدونه فالحكم باطل عند أهل المذهب وينقض لأنه شرط صحة فيه كما قاله أبو الحسن في أجوبته (**بشاهدي عدل وذا المختار**).

لثبوت الإعذار ولوجوبه قبل الحكم كما قررنا لا لتثنية شاهدي عدل لأنه كما يثبت بالشاهدين يثبت بالشاهد الواحد على المعتمد، ثم إذا أعذر له بما مرّ فإن ذكر حجة أجله للإتيان بها على حسب ما مرّ، وإن ذكر أن له بينة بعيدة كالعراق والمغرب من المدينة أو مصر حكم عليه وكتب في كتابه ومتى أحضرها فهو على حجته. قال في الشامل: ولو أحلف خصمه بدون حاكم وله بينة بعيدة فله القيام أي بها إذا قدمت ولا مفهوم لقوله بدون حاكم بل بالأحرى إذا أحلفه بحاكم كما في النكت، وإنما كان له القيام إذا أحلفه بدون حاكم لأنه لو رفع الأمر للحاكم لم يفعل غير ذلك.

تنبيهات. الأول: فهم من كلام ابن عرفة والناظم أن الإعذار بقوله: ألك حجة ونحوه قد يتعدد لأنه معلق على توجه الحكم وهو قد يتوجه مراراً فيتوجه من أول الأمر كما لو ادعى عليه بدين مثلاً، فأنكره، فالحكم قد توجه على الطالب فيعذر له بما ذكر، فإذا ادعى حجة وأجل للإتيان بها وانقضى أجله الأول وأوقفه أعذر له بذلك أيضاً، وهكذا إلى انقضاء الآجال والتلومات فيعذر له بذلك أيضاً، وكذا يقال في المطلوب إن ادعى مطعناً فيما أثبته الطالب ففائدته أولاً ليعلم ما عنده من ادعائها أو نفيها، وفائدته أخيراً ليظهرها إن أتى بها أو يبدي عذراً يوجب تأخيره كما مرّ، وليظهر عجزه إن لم يأت بشيء فيشهد عليه بعدم الإتيان أو ادعاء نفيها فيقع الحكم مع تبين اللدد أو مع عدمه ونحو ذلك كما مرّ في الآجال، ويدل لما ذكرناه قول ابن سهل وغيره لا بدّ للقاضي أن يقول للمتخاصمين أخيراً أبقيت لكما حجة اهـ. وحينئذ فلا بدّ أن يقول في رسم التسجيل لما تحاكم الخصمان أعلاه وانصرمت الآجال والتلومات الثابتة أعلاه أو حوله ولم يأت المتأجل بشيء اقتضى نظر قاضي كذا وهو الخ إن حكم على فلان المتأجل المذكور بكذا بعد أن أعذر له بأبقيت لك حجة فادعاها أو نفاها حكماً لازماً قطع به شغبه وأوجب العمل بمقتضاه أشهد على إشهاده بما ذكر وهو بحيث يجب له ذلك وعلى المحكوم عليه بما فيه عنه الخ. فالحكم باطل إن خلا من الإعذار بما ذكر ولم يشهد به الغير كما مرّ. وقولنا فادعاها أو نفاها الخ. ينبني عليه قول (خ) ثم لا تسمع بينة أن عجزه قاض مدعي حجة وظاهرها القبول إن أقر على نفسه بالعجز اهـ. وسيأتي تمام هذا في الفصل بعده إن شاء الله ولا يعارض ما مرّ عن ابن سهل وغيره قول الناظم: ومن ألد في الخصام الخ. لأن هذا لما علم لدده وأنه يدعيها وإلا لما فر، وأيضاً الفار متسبب بفراره في إسقاط حقه.

الثاني: فهم من قوله الإعذار الذي هو طلب العذر كما مرّ أنه لا يكون في شهادة ورسم

قال ابن عبد السلام: المشهور أن الحكم بلا إعذار باطل والإعذار واجب على كل حال. والأولى أن يكون بشاهدين. المتيطي: ينبغي للقاضي أن لا ينفذ حكمه حتى يعذر إليه برجلين ولو أعذر بواحد أجزأه اهـ. (خ) وندب توجيه متعدد فيه فقول الناظم: وذا المختار راجع لقوله: وقبل حكم ولا يرجع لقوله: بشاهدي عدل إلا بتأويل قوله: المختار بالأولى.

فرع: اختلف هل يجتزىء القاضي في الحكم بما فهمه من أحد المتداعيين أو لا بد من تحقيق ما يسمع منهما. وفي اللامية: فيعد حصول الفهم قطعاً لتفصلا، واختلف أيضاً في الشاهد، وثالثها فيه إن بين أن شهادته فيه بالفهم لا بالتصريح.

ناقصين كما لا يكلف بجواب الدعوى الناقصة كما مرّ لأن العذر موجود حينئذ فطلبه من طلب تحصيل ما هو حاصل، ولذا قال ابن سهل وغيره: والإعذار لا يكون إلا بعد استيفاء الشروط وتمام النظر والإعذار في شيء ناقص لا يفيده، وكذا الخطاب بالقبول والأداء لا يكون في شيء ناقص كما يأتي في أول الفصل بعده.

الثالث: إذا قام المستحق وأثبت أن فلاناً غصبه أملاكاً وباعها ثم باعها المشتري منه لآخر فالإعذار يكون للمشتري الذي بيده الأملاك وتكون الخصومة معه خاصة فإن أتى بمدفع فذاك وإلاَّ رجع على بيعه وينتقل الإعذار له فيطالب بالمدفع الذي كان يطالب به المشتري منه وهكذا حتى يصل إلى الأول قاله في أقضية البرزلي، ويأتي مثله في الاستحقاق إن شاء الله، ثم إذا أنكر المحكوم عليه والمتأجل الإعذار والتأجيل فاستظهر المحكوم له بعدلين عليهما فسأل المحكوم عليه الإعذار له في شاهديهما، فإن المنكر لذلك لا يجاب كما قال:

٨١ـ وشاهِدُ الإعْذَارِ غَيْرُ مُعْمَلِ ... في شَأْنِهِ الإعْذَارُ لِلتَّسَلْسُلِ

(وشاهد الإعذار) مبتدأ **(غير معمل)** خبره **(في شأنه)** يتعلق به **(الإعذار)** نائب فاعل معمل لأنه اسم مفعول بضم الميم الأولى وفتح الثانية **(للتسلسل)** يتعلق باسم المفعول المذكور. وبيانه: أنه لو مكن من ذلك لم يكن بد من إشهاد شاهدين على ذلك ثم يجحد الإعذار ثانياً ويسأل الإعذار في شاهديه، وهكذا كلما أعذر له بشاهدين جحد. وقال: اعذر لي فيمن شهد به، ونظيره ما تقدم في كون القاضي إن لم يستند لعلمه في الشهود لزم التسلسل، وإن كان القاضي يمكنه قطع التسلسل اللازم في عدم استناده إلى علمه بتزكية شاهدين مشهورين عند الناس بالعدالة كما مرّ، فهنا لا يمكن ذلك وتقرير (م) له بأنه لو مكن من ذلك لجرحهما فيبطل الإعذار ويبطل الحكم ببطلانه لأنه متوقف على الإعذار والفرض أن له تجريح شاهده فيتعذر الحكم أبداً الخ. فيه نظر فإن تقرير التسلسل بهذا المعنى يؤدي إلى نفي الإعذار من أصله في كل شيء لا في خصوص شاهدي الإعذار لأن كل معذور فيه يمكن تجريحه. وقول (ت) إن التسلسل المذكور ينقطع بالإعذار بالمبرزين وإنه إنما يمنع في العقليات الخ. يريد بأن المبرز يغلب تعذره كما يأتي وبأنه يقدح فيه بالعداوة والقرابة كما يقدح فيه بغيرهما على المختار عند اللخمي وهو المعتمد كما في (خ) وشراحه، وبأن التسلسل المذكور بالمعنى الذي قدمناه عقلي كما لابن

(وشاهد الإعذار غير معمل. في شأنه الإعذار) يعني إذا أعذر القاضي بأبقيت لك حجة فقال: لا فحكم عليه ثم جاء بحجة، وزعم أنه لم يكن أعذر إليه فاستظهر المحكوم له بشهادة عدلين على الإعذار فقال المحكوم عليه: أعذر لي فيهما فإنه لا يجاب لذلك قال الناظم: **(للتسلسل)** يريد أنه لو مكن من ذلك فجرحه فيبطل الإعذار ويتعذر الحكم لأنه متوقف على الإعذار، والفرض أن للمحكوم عليه أن يجرح شاهده فكل ما شهد عليه به أعذر له في شاهده، فيتعذر الحكم أبداً هكذا قيل، وفيه نظر. لأنه إذا كان بعدلين مبرزين لا يجد فيهما مطعناً تم الحكم ومضى، والتسلسل إنما يمنع في العقليات على أن هذه المسألة مستغنى عنها بالمسألتين بعدها لأن الإعذار إن كان لغائب عن مجلس الحكم من مريض أو مسجون سمع عليه الدعوى ثم وجه من يحلفه اليمين الواجبة فهو قوله:

عرفة راداً به على ابن عبد السلام في التسلسل اللازم على عدم استناد القاضي لعلمه، ثم إن كلام الناظم هنا شامل لكل ما أشهد به القاضي على نفسه من إعذار أو تأجيل أو ثبوت أو إبرام حكم ونحو ذلك، فإن الإعذار في ذلك كله يؤدي للتسلسل المذكور. ألا ترى أنه إذا أعذر له في شاهدي الحكم مثلاً وعجز عن الطعن فيهما فحكم بعجزه أنكر العجز وقال له: اعذر لي في شاهديه وهكذا ولا يدخل ما هنا في قوله: ولا الذي بين يديه قد شهد. الخ. لأنه فيما أقر به أحد الخصمين بين يديه ولا يلزم من عدم الإعذار فيما أقر به بين يديه عدمه فيما أشهد به على نفسه، لأن التهمة في الشهادة وعلى النفس أقوى، ألا ترى أنه في الإقرار يكون شاهداً به عند الغير بخلاف الآخر، فإنه شهادة على فعل النفس لا تقبل فالمسألتان متباينتان، وقد تقدم أن قول (خ) ولا تقبل شهادته بعده أي بعد العزل أنه قضى بكذا أنه لا مفهوم للظرف، بل كذلك قبل العزل على المعتمد، ولا فرق بين أن يكون قوله ذلك على وجه الخطاب أو الشهادة، ولو كان قوله مقبولاً ما احتاج الناظم إلى تعليل نفي الإعذار بالتسلسل، فالتعليل به جار في القاضي المشهد بالإعذار ونحوه، وفي الذي أتى بعده كما هو ظاهر والله أعلم. وهذا لا ينافي ما يأتي من وجوب إعطاء النسخة من الحكم لأنه لم يأخذها من جهة الإعذار في شاهديه، بل ليراجع فصوله عند أهل العلم وليعلم هل صادف فيه الصواب أم لا وإلا فهو مقر بوقوع الحكم عليه.

٨٢ـ ولا الـذِي وَجَّـهَـهُ الْـقَـاضِـي إلـى ... مـا كـان كـالـتـحْـلِـيـفِ مِـنْـهُ بَـدلا

(**ولا**) الواو عاطفة على معنى البيت المتقدم ولا لتأكيد النفي أي لا يعمل الإعذار في شأن شاهد الإعذار ولا (**الذي وجهه القاضي إلى**) يتعلق بوجهه (**ما**) موصولة (**كان**) صلتها واسمها عائد على ما (**كالتحليف**) خبرها، وأدخلت الكاف الموجه للحيازة والموجه لآخذ المرأة بشرطها وتطليق نفسها والموجه للنظر في العيوب وتقويم المسروق هل فيه نصاب فيقطع أو لا؟ وتقويم المتلفات لتغرم ونحو ذلك، ولكن عدم الإعذار في الموجه للعيب والتقويم إنما هو من جهة الطعن فيه لا من جهة معارضته بشهادة أخرى أقوى منه أو سؤال أهل العلم عن فصول شهادته فيعذر له من هذه الحيثية، وأدخلت أيضاً الموجه للأعذار لمريض أو مسجون أو امرأة لا تخرج، وإنما لم يعذر فيمن وجه إلى من ذكر لأن القاضي أقامه مقام نفسه وجعله (**منه بدلاً**) مفعول لأجله فيفيد أن عدم الإعذار إنما هو لأجل ما ذكر أو حال من الذي، ومنه يتعلق به ولا يلزمه تسميته إذ ما لا إعذار فيه ولا فائدة في تسميته قاله في المتيطية، قال: وقد قيل لا يسقط الإعذار في الموجهين للتحليف وبالأول الحكم والعمل قال: وكذا الإعذار في الموجهين للأعذار إلى مريض ونحوه ولا في الموجهين للحيازة. ابن سهل: وسألت ابن عتاب عن ذلك فقال: لا إعذار فيمن وجه للأعذار ويعذر في الموجهين للحيازة. قال ابن الهندي: وبه جرى العمل وقد اختلف أيضاً في ذلك اهـ. وفهم منه أنه إذا لم يوجه من قبل القاضي إلى ذلك فيه الإعذار وهو كذلك وفهم من قوله منه بدلاً أن عدم الإعذار إنما هو إذا كان الذي وجههما هو الحاكم

(**ولا الذي وجهه القاضي إلى. ما كان كالتحليف**) أي إلى أمر وجد مثل التحليف (**منه بدلا**) حال من الهاء أي وجهه حال كونه بدلاً منه ودخل تحت الكاف الحيازة ونحوها فلا إعذار في الشاهدين الموجهين لذلك قال (خ): ولا يلزمه تسميتهما للمشهود عليه على المشهور لأن القاضي أقامهما مقام

في القضية، فإن عزل أو مات بعد التوجيه أو قبل الحكم وتولى غيره وقلنا يبنى على ما فعل الأول كما يأتي في الفصل بعده فالإعذار واجب لانتفاء العلة.

٨٣ـ ولا الَّذِي بَيْنَ يَدَيْهِ قَدْ شَهِدْ ولا اللَّفِيفُ في الْقَسَامَةِ اعتُمِدْ

(ولا) عاطفة كالتي قبلها أي ولا يعمل أيضاً في شأن الشاهد **(الذي بين يديه)** يتعلق بقوله **(قد شهد)** بفتح الشين وكسر الهاء صلة الذي والضمير في يديه يعود على القاضي أي شهد بإقرار الخصمين أو أحدهما بين يدي القاضي، والظرف يتعلق بإقرار المعمول لشهد لا لنفس شهد، فالظروف يتوسع فيها وإن تقدمت على المصدر المحذوف أي: فإن الخصم إذا أنكر وطلب الإعذار في شاهدي الإقرار لا يجاب بل يحكم عليه بمقتضى الإقرار من غير إعذار في شاهديه لمشاركته فهما في سماع الإقرار. ابن سهل: ويؤيده قول مالك في سماع أشهب في القوم يشهدون عند القاضي ويعدلون عنده هل يقول للمشهود عليه دونك فجرح؟ فقال: إن في ذلك لتوهيناً للشهادة ولا أراه إذا كان عدلاً أو عدل عنده أن يفعل قال: فقد أسقط مالك الإعذار ههنا فيمن عدل عنده، فكيف فيمن هو عنده عدل وشهد عنده بما استوى فيه علم الشهود وعلمه مما سمعه في مجلسه، وإن كان لم يصحب هذه القولة يعني قولة مالك بعدم الإعذار في المعدل بالفتح عمل قال: بل العمل في المعدل بالفتح على الإعذار فيه بالتجريح وغيره هو مذهب المدونة وابن نافع وسحنون وشاهدت به القضاء بإجماع من أدركنا من العلماء اهـ بنقل المتيطي أوائل النكاح، وبه تعلم أن الذي أسقط فيه مالك الإعذار هو المعدل بفتح الدال، لكن لم يصحب قوله عمل لا المعدل بالكسر أي مزكي السر كما فهمه (ت) وبناني في حاشيته مؤولاً به كلام ابن سهل الذي اختصر زروق فهو غلط نشأ لهما من ظنهما أن الذي يصح به الاستشهاد هو المعدل بالكسر، لأنه الذي لا إعذار فيه مع أن ابن سهل لم يتكلم عليه أصلاً، وإنما استشهد بقول مالك بعدم الإعذار في المعدل بالفتح، وإن كان قوله بذلك ضعيفاً لكن فيه تقوية للقول بعدم الإعذار فيما وقع بين يديه كما ترى، وربما أشعر قوله قد شهد الخ أنه أداها بذلك المجلس بعينه لأنها لا تسمى شهادة إلا بالأداء، وهذا هو الذي لا إعذار فيه على المشهور كما في المتيطية. قال: وأما إن كتبوا مقالته ووضعوا أسماءهم عليها ثم شهدوا بها بعد أيام من تاريخ تلك المقالة أو حفظوا مقالته في المجلس دون أن يكتبوا شهادتهم عليها، ثم يؤدونها عنده بعد ذلك المجلس فإنه يعذر إلى المشهود عليه إذا أنكر مقالته تلك من غير خلاف أعلمه في هذين الوجهين، وإنما الخلاف في الوجه الأول اهـ. ونقله صاحب التبصرة عن المفيد.

نفسه، وإن كان لحاضر مجلس الحكم فهو ما أشار إليه بقوله: **(ولا)** إعذار **أيضاً** في **(الذي بين يديه)** أي يدي القاضي **(قد شهد)** وأداها بذلك المجلس لأن شهادته بين يدي القاضي بما أقر به أحد الخصمين للآخر والآخر يسمع قد شاركه القاضي في مضمونها، فلو أعذر فيها لأعذر في حكم نفسه وقد نص ابن سهل وابن رشد وغيرهما على أن المعدل عند القاضي أي مزكي السر لا إعذار فيه (خ) إلا الشاهد بما في المجلس. **تنبيه**: محل سقوط الإعذار في هذه إذا أداها بذلك المجلس، وإلا أعذر فيها قاله ابن سهل انظره في التبصرة.

تنبيهان. الأول: يفهم من هذا أن عدم الإعذار إنما هو إذا نص الشهود على أن الإقرار أو الإنكار وقع بالمجلس، ونص القاضي أيضاً أن الأداء وقع بذلك المجلس فيقول مثلاً: أديا بمجلس الإقرار أعلاه الخ. وإلا فمن أين لنا أن كلاً من الإقرار والأداء وقع بالمجلس حتى يسقط الإعذار في ذلك عند هذا الحاكم أو عند من بعده والله أعلم.

الثاني: ما اقتصر عليه الناظم من عدم الإعذار في شاهدي المجلس صرح المتيطي بمشهوريته كما مرّ، وبه قال ابن العطار وغيره. وقال ابن الفخار: لا بد من الإعذار فيهما لأن القاضي لا يقضي بعلمه ولا بما يقر به عنده دون بينة ولا بشهادة غير العدلين وهو يعلم أن ما شهدا به حق فإذا كان هكذا فكيف يقضي بشهادتهما من غير إعذار، وكيف ينكشف عند الإعذار أنهما غير عدلين بإثبات عداوة أو فسق؟ ابن سهل: وهذا عندي هو القياس الصحيح المطرد لمن قال: إن القاضي لا يقضي بعلمه ولا بما سمع في مجلس نظره، لكن الذي قاله ابن العطار به جرى العمل وهو عندي الاستحسان ويعضده قول مطرف وابن الماجشون وبه أخذ سحنون أنه يقضي بما سمع في مجلس نظره اهـ. فقد علمت من هذا أن سقوط الإعذار في مسألة الناظم لا يتمشى إلا على قول سحنون ومن معه دون المشهور من قول مالك وابن القاسم وأشهب: من أن القاضي لا يحكم بما سمعه كما رأيته في كلام ابن سهل وابن الفخار. وبيانه: أنه إذا أسقط الإعذار فيهما قال الخصم: إنما أردت أن تحكم علي بعلمك، وزعمت أنه شهد علي شاهدان ومنعتني من تسميتهما والإعذار فيهما فما ذاك إلا لتتوصل إلى الحكم بعلمك بل بهواك، فالبينة حينئذ مستغنى عنها لوجودها في الصورة فقط ولو سماها وأبدى مطعناً لم يقبل منه فلم يبق سبب لحكمه إلا مجرد علمه، وقد تقدم قوله: وعلمه بصدق غير العدل لا الخ. فالجاري على مذهب مالك وابن القاسم أنه لا بد من الإعذار كما قال ابن الفخار. قال ابن محرز: وهو الظاهر وإذا تأملت ما مرّ عند قوله وقول سحنون به اليوم العمل الخ. علمت أن الواجب في زماننا هذا هو الإعذار وأن ما قاله الناظم وغيره يجب كتمه بالنسبة لقضاة الزمان إذ ما شاء حاكم أن يحكم برأيه إلا زعم أنه أقر عنده في مجلسه، وشهد على إقراره شاهدان وأنه لا يلزمه الإعذار فيهما ولا تسميتهما لأنه لو سماها وأتى بمطعن لا يقبل، ولو صح ما ذكر هنا لبطل قوله فيما مر وعلمه بصدق الخ. ولصح قوله وقول سحنون الخ لأن الأمر آل هنا إلى حكمه بعلمه كما ترى وكما يأتي عند قوله:

والفحص من تبلقاء قاض قنعا فيه بواحد في الأمرين معا

ولذا كان القضاة اليوم يعطون النسخ من أحكامهم وتأجيلاتهم وإعذاراتهم والله أعلم. **(ولا)** عاطفة كالتي قبلها أي ولا يعمل في **(اللفيف في القسامة)** يتعلق بقوله **(اعتمد)** والجملة

(ولا) إعذار أيضاً في شهادة **(اللفيف في القسامة)** حال كون اللفيف **(اعتمد)** وجعل لوثاً فيها وهو ما مشى عليه الناظم في أحكام الدماء إذ قال في أمثلة اللوث: أو بكثير من لفيف الشهداء ويسقط الإعذار فيهم أبداً يريد لأنهم مدخول فيهم على عدم العدالة، أما من لم يعتمده لوثاً فلا إشكال.

حال من اللفيف أي حال كونه اعتمد عليه في القسامة وجعل لوثاً فيها وهو أحد قولين. مشهورهما أنه ليس بلوث وعلى مقابله درج الناظم في الدماء حيث قال في أمثلة اللوث: أو بكثير من لفيف الشهدا. الخ.

وفهم من قوله في القسامة أنه لا يعتمد عليه في غيرها والعمل بفاس على جواز شهادته في الدماء والأموال وغيرهما فيثبت بها الدم وغيره ويقتص من القاتل بها مع القسامة حيث بلغ اللفيف اثني عشر فأكثر على ما هو مبين في شرح اللامية وغيرها ومعنى عدم الإعذار فيه أنه لا يقبل التجريح فيه بكل ما يجرح به العدل من مطل وحلف بعتق وطلاق ونحو ذلك لأنه مدخول فيه على عدم العدالة. نعم لا بد فيه من ستر الحال فلا يقبل تارك الصلاة ولا المجاهر بالكبائر من كثرة كذب وإظهار سكر وقمار وسفه ومجون ولا متهم كصديق وقريب للمشهود له أو عدو للمشهود عليه اتفاقاً ولا ممن فيه عصبية ففي البرزلي قبيل النفقات أثناء كلامه على شهادة اللفيف ما نصه: شاع وذاع في العامة أن يشهد بعضهم لبعض على وجه الإعانة واستخلاص الحقوق ويستند بعضهم إلى خبر بعض من غير تحقيق علم اهـ. وانظر ما يأتي في الدماء عند قوله: أو بكثير من لفيف الشهدا. الخ... ثم لا بد من استفساره لأنه قائم مقام تزكيته، وسواء كان في الرسم إجمال أو احتمال أم لا لأن كل من لا يكتب شهادته لا بد من استفساره لفيفاً أو غيره إذ لعل الكاتب كتب ما لم يشهد به وهو من حق الخصم على عمل الفاسيين. وصفته: أن يقرأ الرسم المقيد عنهم أولاً على كل واحد منهم إن لم يحضروا جميعاً أو على جميعهم إن حضروا كلهم قراءة تفهم، فإذا كملت قراءته سأله عن أداء شهادته كيف يؤديها وعن مستند علمه فيها، فإذا أجاب بشيء كتبه بلفظه حرفاً حرفاً ولو ملحوناً ويسأله عن كل فصل يتوقف تمام الشهادة عليه على حدته فيقول له: ما علمك في هذا الفصل وفي هذا ولا يكتب عليه أنه أسقط فصلاً من فصولها بمجرد سكوته عنه كما يفعله كثير من جهلة العدول، بل حتى يسأله عنه بخصوصه ولا يحقق فيه شيئاً وإن غلط فلا يؤاخذه به كما مرّ عند قوله: وخصم إن يعجز الخ. وهكذا يفعل في الثاني والثالث حتى يأتي على الأخير وإن رجع بعضهم كتب ذلك. وإن امتنع من الأداء كتب يشهد من يضع اسمه أثره أنه حضر بموضع كذا وسأل الشاهد أعلاه أو حوله عن شهادته فامتنع من أدائها امتناعاً كلياً فمن عاين امتناعه المذكور قيده في كذا، فإذا ثبت امتناعه سقطت شهادته كامتناع العدل من أدائها. وقيل: يهدد الممتنع فإذا لج في الامتناع جازت شهادته، ثم إذا كمل الاستفسار ووافق أداؤه ما قيد عنهم أولاً ثبتت شهادتهم ويبقى المدفع فيهم بالعداوة وترك الصلاة ونحوها مما مرّ لا بكل قادح لأنه مدخول فيهم على عدم تمام العدالة كما مرّ، وإن خالف أداؤه شهادته أولاً سقطت الأولى والثانية والمعتبر في المخالفة اختلاف المعنى لا اللفظ، وإن بقي إجمال بعد الاستفصال بغفلة ممن بحثهم عنه سئلوا عنه كما يسأل الشاهد عنه بعد أداء شهادته كما في المعيار قال فيه وما يتحيل به الشهود من سؤال الشاهد المستفسر عن أشياء تغلطه من الفساد، بل الذي دلت عليه الرواية أن القاضي يسأله عما يتوقف عليه الحكم ولا يشترط حضور المشهود عليه للاستفسار كما لا يجب على المشهود له جلبهم له وإن كانوا من البادية مثلاً، وإنما يجب عليه أن يعينهم للمطلوب وشأنه باستفسارهم قاله العبدوسي وغيره، ثم إذا مات الشهود أو غابوا قبل الاستفسار فإنه يحكم بشهادتهم حيث كانت خالية من الإجمال والاحتمال لأن الأصل

استمرارها وعدم وجود ما يبطلها فإذا كان فيها إجمال ففي البرزلي عن أبي عمران يستفسر الشهود إذا قالوا: هذه الدابة لفلان هل يعلمون أنه باعها أم لا؟ فإن غابوا حكم بشهادتهم، وقيل: إذا كانوا من أهل العلم وإلاَّ فلا اهـ. واختلف إذا كانوا حضوراً ولم يقم المشهود له بها حتى مضت ستة أشهر فأكثر، والذي به العمل أن الرسم إذا جاوز المدة المذكورة وادعى الخصم فيه مطعناً من غير الاستفسار مكن منه، وأما إن طلب نسخة للاستفسار فإنه لا يمكن ويحكم به كذلك من غير استفسار قاله أبو زيد التالي. ونقله سيدي العربي الفاسي، وفي المعيار جرى عمل بعض قضاة المغرب باستحسان ترك الاستفسار بعد مضي ستة أشهر من أداء الشهادة معتلاً بأن هذه مظنة النسيان. زاد في الفائق ما نصه: وبعضهم يقول باعتبار ستة أشهر إن أداها إثر تحملها، وأما إن طال زمن تحملها ثم زعم نسيانها بعد ستة أشهر من أدائها فإنه لا يقبل قال: وهذه كلها استحسانات خارجة عن الأصول اهـ. ومفهوم قوله من أدائها أنهم إذا ماتوا أو غابوا قبل الأداء لا يعمل بها وهو الذي نقله بعض الثقات عن المجاصي وأنه رفعت إليه بينة اللفيف على عين بلد لأولاد ابن بكار وهي غير مؤداة ولها نحو الثمانين سنة فلم يحكم بها اهـ. وهذا ظاهر إن كان الأداء غير الاستفسار كما في (ت) في شرح اللامية: وإلاَّ فالمعمول به اليوم أن القاضي يكتفي بما قيده المتلقي عنهم ويكتب عقب أدوا أو شهدوا لدى من قدم لذلك فثبت الخ. ولا يطالبهم بالأداء عليه لأنه قدم المتلقي للتلقية والأداء، وحينئذ فيعمل به حيث كتب القاضي شهدوا وأدوا ولو طال الزمان وما قاله المجاصي لعله مبني على أن الأداء لا يكون إلا عند القاضي أي فيؤدون عليه بعد التلقية، ثم إن طلب الاستفسار استفسروا وهو الذي لأبي الحسن، ومن المعلوم أن الاستحسان مقدم على القياس، ولذا عول عليه ناظم العمل المطلق فقال:

واستحسنوا إن مر نصف عام من الأداء ترك الاستفهام

وفي جواب لسيدي علي بن هارون ما نصه: جرى العمل بالتحديد في نسخة الاستفسار بستة أشهر مع العلم فإن زادت المدة فلا تعطى فيها نسخة وتعطى مطلقاً مع عدم العلم، والقول قول من له الحق في ذلك أنه لا علم عنده ولولا ذلك لضاعت الحقوق اهـ. قلت: ولعل هذا القول المفصل هو الذي أصاب المفصل.

تنبيهات الأول: الشاهد غير المبرز الذي لا يعرف ما تصح به الشهادة حكمه حكم اللفيف في وجوب الاستفسار عن كيفية علمه بما شهد به كما في التبصرة، وظاهره كان في الوثيقة إجمال أم لا. وأما العدل المبرز العارف بما تصح به الشهادة فلا يستفسر حيث لا إجمال مطلقاً، وأما المبرز غير العالم بما تصح به الشهادة فيستفسر إذا أبهم أو أجمل كالذي قبله كشهادته بأن المرأة اختلعت من زوجها وسلمت له في جميع صداقها ومطالبها ثم قامت بعد ذلك تطالبه بحق خارج عن مطالب الزوجية زاعمة أن تسليمها إنما وقع فيما يرجع للزوجية فهنا يسأل الشاهد عما شهد به وعما فهمه من حال المرأة عند الشهادة هل ما ادعته الآن أو ما ادعاه الزوج عليها من التعميم قاله سيدي العربي الفاسي. قلت: ويفهم منه أن الخلاف بين ابن رشد وابن الحاج المشار له بقول اللامية: وإن عمم الإبراء والخلع سابق الخ. إنما هو إذا لم يحقق الشاهد عند الاستفسار شيئاً أو تعذر استفساره لموته أو غيبته وإلاَّ فالعبرة بما حققه الشاهد اتفاقاً منهما فتحققه منصفاً.

الثاني: لا بد في الاستفسار من شاهدين يسألان اللفيف عما شهدوا به ولا يكفي الواحد لأنهم إن ثبتوا على شهادتهم على نحو ما قيدها عنهم الأولان فسماع هذا منهم زائد لا عبرة به، وإن رجعوا عنها فلا يثبت رجوعهم بالشاهد الواحد قاله الزياتي في نوازله عن سيدي العربي الفاسي قال: وأما السماع من اللفيف فعمل المراكشيين على أنه لا بد من اثنين لأنه كالنقل، وعمل الفاسيين على الاكتفاء بالواحد لأنه من باب الأداء والسامع منه نائب عن القاضي في ذلك، فيشهد اللفيف عند عدل عينه القاضي نصاً أو بعموم الإذن له في تحمل الشهادات، فإذا أدى اللفيف لديه كتب مضمن شهادتهم في رسم وأرخه ثم كتب أسماءهم عقب التاريخ ثم يطالع القاضي بذلك فيكتب بخطه عقب أسمائهم شهدوا لدى من قدم لذلك لموجبه فثبت فقوله: شهدوا أي اللفيف لدى أي عند من قدم أي قدمه القاضي لسماع البينات بإذن خاص أو عام، فالفاعل الذي حول عنه الإسناد هو القاضي لذلك أي لسماع البينات اللفيفية لموجبه أي لموجب تقديمه لذلك لكونه عدلاً صالحاً لذلك، ولضرورة استنابة القاضي إياه في ذلك لعسر مباشرة القاضي فثبت أي أداؤهم أي أداء اللفيف عند من ذكر، ثم يكتب بعد ذلك رسم التسجيل عقبه فيه إشهاد القاضي بثبوت ذلك الرسم عنده.

الثالث: ما مر من أن الرسم يقرأ على اللفيف عند إرادة الاستفسار هو ما وقفت عليه لغير واحد من المتأخرين، وأما غير اللفيف فقال في التبصرة شهادة الاسترعاء لا بد أن يستحضرها الشهود من غير أن يروا الوثيقة إذا كانت الوثيقة مبنية على معرفة الشهود كشهادتهم بمعاينة الغصب والحيازة ونحوهما، فإذا رأى الحاكم ريبة من إجمال أو احتمال توجب التثبت، فينبغي أن يقول لهم ما تشهدون به فإن ذكروا بألسنتهم ما في الوثيقة وإلا ردها. قال: وأما إن كانت الوثيقة منعقدة على إشهاد الشاهدين، فلا ينبغي أن يؤاخذ الشهود بحفظ ما في الوثيقة وحسبهم أن يقولوا: إن شهادتهم فيها حق ولا يمسك القاضي الكتاب ويسألهم عنها اهـ ببعض اختصار وزيادة إيضاح. وظاهره أن المنعقدة على إشهاد الشاهدين لا استفسار فيها ولو مع إجمال أو احتمال لأن الشاهد حينئذ إنما حكى قول المتعاقدين وهو مخالف لما مرّ في مسألة الخلع من أنهم يسألون عما فهموه من حال المتعاقدين ومخالف لما نص عليه ابن لب في جواب له نقله الشارح وغيره عند قوله: والزوج حيث لم يجدها بكراً. الخ. قائلاً ما نصه الواجب في شأن اتصال تلك العصمة أن يستفسر شهود التفاصل والانفصال فإن كانوا قد فهموا من الزوج الطلاق وأدوا على ذلك فهو كذلك وإن فهموا بقاء العصمة وأدوا على ذلك قلدوا وحلف الزوج أنه ما أراد طلاقاً اهـ. وهذا من أدل دليل على دخول الاستفسار في شهادة الأصل خلافاً لمن وهم من بعض شيوخنا وهو في الحقيقة راجع إلى الشهادة بالفهم وفي إعمالها نزاع تقدم عند قوله: وليس بالجائز للقاضي إذا. وسيأتي إن شاء الله عند قوله: وغالب الظن الخ. . . إن الشهادة بما يفهم من القرائن والأحوال لا تقبل إلا من المبرز في علم الحقائق وأين هو، ولذا لم يذكر في الفائق وجوب الاستفسار إلا في شهود الاسترعاء فقال: إن عمل القضاة جرى باستفسار شهود الاسترعاء عن شهادتهم وبعد أدائها عن فصول الوثيقة ومضمونها الخ. ويفهم منه ومما مر أنهم لا يستفسرون عما ليس من فصول الوثيقة كسؤالهم عن وقت الواقعة ومكانها ونحو ذلك مما لا يضر جهله كما يفعله بعض القضاة اليوم، بل ذلك من الفساد كما مرّ، وإنما استحسنوا ذلك

في الزنا والسرقة كما قال (خ) وندب سؤالهم كالسرقة ما هي وكيف أخذت الخ. . بل ذكر شراحه عند قوله في القسامة، وإذا اختلف شاهداه بطل أن شهود اللوث لا يلزمهم بيان الزمان والمكان ونحوهما، وإذا كان هذا فيما يوجب القتل فكيف به في غيره.

الرابع: ما مرّ من أن العبرة في المخالفة اختلاف المعنى لا اللفظ هو الذي صرح به من لا يحصى ممن تكلم على شهادة اللفيف فلا يرد ما لابن الهندي في وثائقه من أن شهادة الأبداد لا تعمل شيئاً إذا شهد كل واحد منهم بغير نص ما شهد به صاحبه وإن اتفقت شهادتهم في المعنى اهـ. لأن كلامه في العدول العارفين بمعاني الألفاظ وصيغها واللفيف لا يتأتى منهم ذلك في الغالب على أنه قد ورد عن مالك ما يدل على جوازها ففي أحكام ابن سهل عن الإمام مالك في شاهدين شهد أحدهما في منزل أنه مسكن هذا وشهد آخر أنها حيزه فقال: هي شهادة واحدة ولا تفرق، وقد يكون الكلام في الشهادة مختلفاً، والمعنى واحد فأراهما قد اجتمعا على الشهادة، قال سحنون: معنى حيزه أنه ملكه وحقه وفي التقريب على التهذيب: لو شهد رجل أن زيداً باع سلعته من عمرو وشهد آخر بإقرارهما بالبيع فشهادتهما كاملة لأنهما في المعنى قد اجتمعا على نقل الملك اهـ. والأبداد: بدالين مهملتين التفرق ومنه قولهم بدد الله شمل العدو.

٨٤ـ ولا الـكَـثِـيـرُ فِـيـهِـمُ الـعُـدُولُ والـخُـلْـفُ فـي جَـمِـيـعِـهـا مَـنْـقُـولُ

(**ولا الكثير**) معطوف على ما مرّ (**فيهم**) خبر (**العدول**) مبتدأ والجملة حال، وأشار به إلى ما ذكره ابن سهل في مسألة أبي الخير الملقب لزندقته بأبي الشر شهد عليه بأنواع كثيرة من الزندقة الواضحة عدد كثير ثبتت عدالة نحو العشرين منهم وأكثر من ضعفهم استظهاراً، فأفتى قاضي الجماعة منذر بن سعيد وإسحاق بن إبراهم وأحمد بن مطرف بقتله دون إعذار وحكم به ولم يلتفت إلى من قال بالإعذار له، وظاهر إطلاق الناظم أن الإعذار منتف مع الكثرة المذكورة في الأموال وغيرها لأنه إذا انتفى في الدماء مع خطرها فكيف به في الأموال وهو كذلك؟ قال ابن سهل عقب نقله لفتوى من أفتى بقتل الزنديق المذكور ما نصه: والحق أن من تظاهرت الشهادة عليه في إلحاد أو غيره هذا التظاهر فالإعذار إليه معدوم الفائدة، وفهم من قوله الكثير أنهم إذا لم يكثروا يعذر فيهم وهو كذلك قال في التبصرة: وأما الآجال في حق الزنادقة فمذهب المحققين أن المشهود عليه إن استفاضت عليه الأمور الموجبة للقيام عليه فلا يعذر إليه ولا يضرب له أجل، وإن كان على الاختلاف ذلك فإنه يؤجل شهراً لدفع البينة، فإن طلب أجلاً آخر ورجى ثبوت

(**ولا**) إعذار أيضاً في الجماعة من الشهود (**الكثير فيهم العدول**) كمسألة أبي الخير الملقب لزندقته أبا الشر شهد عليه بأنواع كثيرة من الزندقة الواضحة عدد كثير ثبتت عدالة نحو العشرين منهم وأكثر من ضعفهم استظهاراً فأفتى منذر بن سعيد وإسحاق بن إبراهيم وغيرهما بقتله دون إعذار وحكم به ولم يلتفت إلى خلاف من خالف في ذلك (**والخلف في جميعها منقول**) وكذلك لا إعذار فيمن شهد على من يخشى منه ولا يسمي له الشهود ولا يمهل القاضي التفتيش وكذا من شهد بجرحة القاضي لأن طلب الإعذار منه طلب لخطة القضاء قاله البرزلي عن ابن الحاج، وكذا من شهد بوكالة كما في (ح) أول بابها.

حجته أجل أجلاً آخر دون الأول أو مثله بالاجتهاد، وإن لم يرج لم يوسع عليه **(والخلف)** مبتدأ **(في جميعها)** أي جميع ما مر أنه لا يعذر فيه يتعلق بقوله: **(منقول)** خبر المبتدأ، وقد نبهنا على الخلاف في كل مسألة بخصوصها عند الكلام عليها.

تنبيهان الأول: ما تقدم من عدم الإعذار في الموجه للتطليق وعدمه إنما هو من حيث الطعن فيه بالقوادح كما يفهم من التعليل بقوله منه بدلاً الخ. لا من حيث معارضته ببينة أخرى كما إذا شهد الموجه بأنها طلقت نفسها في وقت كذا من يوم كذا وطلب الزوج أن يأتي ببينة تشهد بأنها لم تتلفظ بالطلاق أصلاً في ذلك الوقت أو لم يحلفه في ذلك الوقت ونحو ذلك من الوجوه المعارضة الموجبة للتهاتر أو الصيرورة للترجيح، فهذا ينبغي أن يعذر له فيه ويؤجل لإثباته إذ لا أقل أن توجب المعارضة المذكورة الخلاف، ويحتاج الناظر في القضية حينئذ إلى مزيد تحرير وإتقان، وقد نقل (ح) أن البينتين إذا تعارضتا فنفت كل منهما ما أثبتته الأخرى في وقت مخصوص ومكان مخصوص يكون تهاتراً ويصار للترجيح فانظره، ولا سيما والموجه قد يكون واحداً وكذا يقال في اللفيف على ما به العمل من إعمال شهادته مطلقاً. وقلنا لا يعذر فيه بكل القوادح إذا أراد الخصم معارضته فيمكن كما نص عليه غير واحد.

الثاني: بقي على الناظم مما لا إعذار فيه شهادة القافلة بعضهم لبعض في حرابة إذا شهد عدلان منهم على من حاربهم بأخذ مال أو قتل، فإن مذهب مالك في السلابة والمغيرين وما أشبههم إذا شهد المسلوبون والمنتهبون قبول شهادتهم عليهم إذا كانوا من أهل القبول دون إعذار، وإن أدى إلى سفك دمائهم كما في ابن سهل عن أبي إبراهيم إسحاق المذكور، وكذا لا إعذار في شهادة أهل القافلة بعضهم لبعض عند حاكم البلد أو القرية التي حلوا أو مروا بها بما وقع بينهم من المعاملات في ذلك السفر وإن لم يعرف حاكم البلد عدالتهم كما أشار إليه المصنف فيما يأتي بقوله: ومن عليه وسم خير قد ظهر. الخ. لأنه في ضرورة السفر مدخول فيهم على عدم العدالة، وكذا لا إعذار في مزكي السر كما مرّ ولكن الذي عليه القضاة اليوم وجوب الإعذار فيه لما نبهنا عليه قبل في شاهدي المجلس، ويأتي قول الناظم: والفحص من تلقاه قاض قنعا. وأما المبرز في العدالة فالمعتمد وجوب الإعذار فيه بكل قادح كما أشار له (خ) بقوله: وفي المبرز بعداوة وقرابة وإن بدونه كغيرهما على المختار، وكذا من يخشى منه مذهب المدونة وجوب الإعذار فيه، وإنما ذكره (خ) مع من لا إعذار فيه جمعاً للنظائر قاله طفي أي: لأن الجمع للنظائر قد يرتكب فيه غير المشهور، وكذا لا إعذار في الشهادة بالضرر ولا في حكم الحكمين ولا في الشاهد على القاضي بالجرحة، لأن طلبه للإعذار فيه طلب لخطة القضاء وطلبها جرحة كما تقدم، وأما الوكالة فإنما ترك الإعذار فيها من تركه لأن القاضي لا بد له من الإعذار عند إرادة الحكم بقوله: أبقيت لك حجة فاستغني بذلك عن الإعذار فيها ابتداء فلا يسقط فيها الإعذار جملة كما في غيرها مما مرّ، وكذا الإراثة كما في (ح) عن ابن بشير القاضي. والحاصل أن الطالب للإعذار إن كان هو الموكل فإن طلبه قبل قبض الوكيل ولم يتعلق للوكيل حق بالوكالة من بيع رهن بيده ليستوفي دينه ونحو ذلك فلا وجه للإعذار لأنه ممكن من عزله، وإن كان بعد القبض وتلف المقبوض أو تعلق للوكيل حق بها فلا إشكال في وجوب الإعذار له، وإن كان

الطالب له هو الدافع فإن قلنا: إن الدافع لا ضمان عليه ولو ظهرت سخطة بشاهديها بعد قبض الوكيل وهروبه أو إفلاسه كما هو ظاهر كلامهم لأنه دفع بحكم، والمصيبة من الموكل فلا حق للدافع في الإعذار بلا إشكال، وإن قلنا بضمانه فكيف لا يعذر له إذا طلبه ابتداء وانتهاء. بل استظهر ابن رحال في شرحه وجوب الإعذار له مع عدم الضمان قائلاً لأنه قائم مقام الموكل في ذلك، وأما إن قال: لا أدفع المال حتى يعذر إلى الموكل ففي ابن سلمون: إن قربت غيبة الموكل كالثلاثة فدون كتب إليه وإن بعدت الغيبة حكم عليه بالدفع، وحينئذ فمن نفى الإعذار فيها مراده إذا طلب الغريم الإعذار لنفسه مطلقاً أو لرب الحق مع بعد الغيبة كما ترى، وهذا كله إذا ثبتت الوكالة عند القاضي، وأما إن لم تثبت واعترف الغريم بصحتها فحكم عليه الحاكم بالأداء ثم تبين عدم صحتها وقد هرب الوكيل أو فلس فعلى الدافع الغرم والمصيبة منه لأنه غار لنفسه باعترافه كما نص عليه ابن فرحون في القضاء بالإمارات هذا تحرير المسألة فيما يظهر ولم أقف عليه محرراً هكذا والله أعلم.

فصــل في خطاب القضاة

وهو كما قال الشيخ (م) أن يكتب قاضي بلد إلى قاضي بلد آخر بما ثبت عنده من حق الإنسان في بلد القاضي الكاتب على آخر في بلد المكتوب إليه ليحكم عليه هنالك عملاً بقوله: والحكم في المشهور حيث المدعى عليه الخ... وهذا التعريف لا يشمل الإنهاء بالمشافهة مع أنه خطاب فهو غير منعكس، لكن لما لم يتعرض المصنف له داخل الفصل اقتصر على تعريفه بما ذكر، وهو يشمل الإنهاء بالكتابة والخطاب على الرسوم الذي اقتصر عليه الناظم ههنا. **(وما يتعلق به)** من التعجيز والبشر ونحوهما.

٨٥ـ ثُمَّ الخِطَابُ لِلرُّسُومِ إنْ طُلِبْ حَتْمٌ عَلَى القَاضِي وإلاَّ لَمْ يَجِبْ

(ثم) هي للترتيب الإخباري **(الخطاب)** من قاض لآخر بما ثبت عنده من صحة الرسم وعدالة شاهديه، وهو مبتدأ **(للرسوم)** فيها أو عليها كقوله تعالى: ﴿ويخرون للأذقان﴾ [الإسراء:١٠٩] أي عليها ﴿ونضع الموازين القسط ليوم القيامة﴾ [الأنبياء:٤٧] أي فيه يتعلق بالخطاب **(إن طلب)** بالبناء للمفعول شرط أي إن طلبه الخصم من القاضي **(حتم)** خبر وجواب الشرط محذوف للعلم به مما قبله كقوله: أنت ظالم إن فعلت لأن رتبة قوله: حتم التقديم **(على القاضي وإلا)** يطلبه الخصم من القاضي **(لم يجب)** عليه ولا مفهوم للرسوم بل بالمشافهة، كذلك حيث

فصــل في خطاب القضاة

وهو أن يكتب قاضي بلد إلى قاضي بلد آخر بما ثبت عنده من حق لإنسان في بلد الكاتب على آخر في بلد المكتوب إليه ليحكم عليه هنالك عملاً بقوله: والحكم في المشهور حيث المدعى عليه. وهذا التعريف يشمل الإنهاء بالكتابة ويشمل الخطاب على الرسوم الذي هو المراد هنا **(وما يتعلق به)** من التعجيز وغيره **(ثم)** هنا لترتيب الأخبار **(الخطاب)** من قاض لقاض آخر **(للرسوم)** أي فيها أو عليها وهو متعلق بالخطاب **(إن طلب. حتم على القاضي وإلا لم يجب)** عليه يعني أن صاحب الرسم إذا سأل من القاضي أن يخاطب له على رسمه بما ثبت عنده من صحته وعدالة شهوده وجب

طلبه الخصم أيضاً (خ) وأنهى لغيره بمشافهة إن كان كل بولايته وبشاهدين مطلقاً الخ. ابن رشد: يجب على القاضي المكتوب إليه أن يصل نظره بما ثبت عند القاضي الكاتب، فإن كتب بثبوت شهادتهم فقط أي لا بقبولهم لم يؤمروا بإعادة شهادتهم ونظر في تعديلهم، وإن كتب بتعديلهم وقبوله إياهم أعذر للمشهود عليه فيهم، وإن كتب أنه أعذر فعجز عن الدفع أمضى الحكم عليه. والحاصل أنه يبنى على فعل الأول (خ) فنفذه الثاني وبنى كأن نقل لخطة أخرى وإن حدا إن كان أهلاً أو قاضي مصر الخ... وإنما كان يبني لأن إشهاد القاضي الأول بما ثبت من شهادتهم أو تعديلهم أو إعذار فيهم ونحوه حكم بذلك، فلو لم يبن لكان متعقباً لحكم الأول. وفي (خ) ولا يتعقب حكم العدل العالم، ولهذا اشترط في الباني أن يكون أهلاً أو قاضي مصر لم يعرف جوره ولا جهله لأن شأن قضاة الأمصار العلم، ثم إذا كان الخطاب على الحكم بالحق بشاهدين فإن المخاطب بالفتح يعذر فيهما للخصم فإن أتى بمدفع فيهما لم يحكم عليه، وإن ادعى الدفع فيهما بحجة في بلد الكاتب قيل له: أدّ هنا ما ثبت عليك وامض فإن أثبت ما تدعيه من الحجة رجعت، وإنما وجب الإعذار لأن المكتوب إليه لم يوجههما بل هما موجهان إليه فلا يعارض ما مرّ، ويفهم من هذا أن الخطاب إذا لم يكن بالشاهدين بل بأعلم بصحته ونحوه على ما به العمل اليوم كما يأتي حكم بما خاطب به، وإن لم يكن إشهاد فيبنى أيضاً وهو واضح، وأن المكتوب إليه إذا لم يعرف خط الكاتب وعرف له به غيره لا بد من الإعذار في العرف بالكسر وهو كذلك، وأن إشهاد الحاكم بصحة الرسم أو ثبوته ونحوهما أو إعلامه بذلك من غير إشهاد على ما به العمل ليس حكماً بالحق وإلاّ ما احتاج المكتوب إليه إلى البناء بل ينفذ ذلك الحكم فقط، وما ذاك إلا لكون اللفظ المذكور محتملاً للحكم بالحق وللحكم بتعديل البينة ونحوه دون إيقاع حكم ولا يلزم من الحكم بالتعديل مثلاً الحكم بالحق لأن التعديل راجع للحكم بعلم القاضي، وقد يعارضه تجريح ونحوه يمنع من الحكم بالحق على أن كونه حكماً بالتعديل ونحوه

على القاضي أن يفعل، وإن لم يسأل منه ذلك كان في سعة ومثل الخطاب على الرسم فيما ذكر من الوجوب وغيره الخطاب بمشافهة القاضي للقاضي يخبره بما ثبت عنده وبالشاهدين (خ) وأنهى لغيره بمشافهة أن كان كل بولايته وبشاهدين مطلقاً. قال المازري: ويكتب الحاكم إن حكم بما حكم به وبكل حجة له من تعديل وتجريح وموجب حكمه ليكون له حجة على المحكوم عليه إن نازعه ويكتب بما حكم به لحاضر على غائب أيهم المكتوب إليه أو عينه. قال في العتبية: وله أن يكتب إلى قضاة الآفاق على الإطلاق كأن لا يسمي قاضياً بعينه ولا بلداً بعينه أي فيعمل به جميعهم بخلاف ما إذا عين واحداً بعينه. ابن عرفة: الذي استقر عليه القضاة بإفريقية عدم تسمية القاضي المكتوب إليه.
ابن رشد: يجب على القاضي المكتوب إليه أو من تولى بعده أن يصل نظره بما ثبت عند القاضي الكاتب، فإن كتب ثبوت شهادتهم فقط لم يأمر بإعادة شهادتهم ونظر في تعديلهم، وإن كتب بتعديلهم أو بقبوله إياهم أعذر للمشهود عليه فهم وإن كتب أنه أعذر له فعجز عن الرفع أو مضى الحكم عليه اهـ. وحاصله: أنه يبنى على فعل الأول وهذا إن كان أهلاً أو قاضي مصر لم يعرف جهله ولا جوره وإلا استأنف والشأن كتب الخطاب أسفل الوثيقة، فإن عجز أسفلها ففي ظهرها أو أحد عرضيها وإن كان في الصك رسوم نبه على جميعها إن أراد ذلك وصحت عنده وإلاّ قيد

هو ما لابن رشد كما مرّ عنه وصرح به ابن عرفة، والذي لغيره أنه ليس بحكم أصلاً وهو ما تقدم أول الباب، وبه صرح الناظم في قوله بعد: وليس يغني كتب قاض كاكتفى. الخ. . .
ولذا قال المازري وغيره في قاض خاطب آخر بقوله: ثبت عندي أن فلاناً وفلاناً اشتريا من فلان في عقد واحد كذا بثمن سماه الخ، أن ذلك لا يوجب نقل الملك فتترتب عليه آثاره من شفعة ونحوها إذ النقل لا يثبت إلا باعتراف المتعاقدين أو حكم الحاكم عليهما بعد الإنكار، والخطاب المذكور لم يصرح فيه بالاعتراف ولا بالحكم بالبيع، بل هو محتمل للحكم ولما سواه من استماع لما أثبته من بينة زكيت دون إيقاع حكم ولا تلزم القضايا بلفظ فيه إشكال وإبهام اتفاقاً. انظر أقضية المعيار وأن القاضي إذا خاطب بحكم يجب أن يكتب حكمه وكل حجة له من تعديل أو تجريح وموجب حكمه لتكون له حجة على المحكوم عليه إن نازعه، إذ لا يتم المعنى الذي وجب الخطاب لأجله إلاَّ بذلك وأن الخطاب على رسم ناقص لا يجب إذ الحجة لا تقوم به لأنه ساقط الاعتبار كما لا تعطى منه نسخة كما مرّ، فإذا أشهد الشاهدين بوقتين مثلاً ولم يقيد فيه أنه لا يعلم أن الدين تأدى ولا سقط وطلب الخصم الخطاب عليه فلا يجاب إذ لا خطاب بشيء ناقص كما في المعيار، وفي التبصرة أن الشهادة بالدين لميت أو عليه لا تتم إلا إذا قال الشاهد: إنه لا يعلم أن الدين تأدى أو سقط اهـ بالمعنى، وهل يسمى المخاطب بالكسر الشهود الذي بنى عليهم حكمه في خطابه يجري ذلك على ما يأتي في فصل الحكم على الغائب من أنه إذا كان المحكوم عليه غائباً فلا بد من التسمية لأنه على حجته. (خ) وسمى الشهود وإلاَّ نقض الخ. وإن كان حاضراً فالتسمية مستحبة، وبه العمل كما في ضيح والتبصرة، ولكن الموافق لما مرّ عند قول الناظم وقول سحنون الخ. وجوب التسمية حتى في حق الحاضر لا استحبابها فقط لضعف عدالة قضاة الوقت، وقد قال في تكميل التقييد ما نصه المازري من المصلحة والحكمة منع القاضي الحكم بعلمه خوف كونه غير عدل فيقول: علمت فيما لم يعلمه وعليه فلا يقبل قوله ثبت عندي كذا إلا أن يسمي البينة اهـ. وأما إن خاطب بمجرد شهادتهم أو بتعديله إياهم فلا بد من التسمية لبقاء الإعذار ولا يمكن إلا بها، فإن قال: ثبت عندي بينة عادلة أن لفلان على فلان كذا ولم يسمهم رد خطابه، ثم إن الأحوط تاريخ الخطاب لاحتمال عزل القاضي الكاتب لأن خطابه بعد عزله وقبل العلم به ساقط على أحد القولين في الوكيل يتصرف بعد العزل، وقبل

بالأخيرين مثلاً أو بما ثبت عنده منها، وتستحب البداءة ببسم الله الرحمن الرحيم، واستحب قضاة الوقت تركها اكتفاء بما في صدر الوثيقة والأولى إعادتها لأن هذا فصل آخر قاله ابن المناصف.

قلت: وعمل قضاتنا اليوم أن يكتب إثر الرسم الحمد لله أديا فقبلا وأعلم به فلان، أو أديا فثبت وأعلم به. أو الحمد لله أعلم بصحته أو باستقلاله فلان، فإذا ثبت عند من جاءه كتب عليه أعملته. قال ابن المناصف: وإذا ثبت خط القاضي ببينة وجب العمل به، وإن لم تقم بينة بذلك والقاضي يعرف خط القاضي الكاتب فجائز عندي قبوله بمعرفة خطه، وقبول سحنون كتب أمنائه بلا بينة يدل على ذلك وليس ذلك من باب قضاء القاضي بعلمه الذي لا يجوز اهـ. والعمل على أعماله بمجرد معرفة خط القاضي كما قال ابن المناصف أو التعريف به ولو بعدل واحد، ووجه ذلك ابن عرفة والله أعلم.

العلم المشار لهما بقول (خ) وفي عزله بعزله ولم يعلم خلاف، ولأن البينة التي خاطب بقبولها قد ينقلب حالها إلى جرحة لم تكن فإذا تأخر العمل بالخطاب ثم أعذر للخصم فيها ولم يكن تاريخ أمكنه إبطالها بالجرحة الثابتة الآن، ولا يمكنه ذلك مع التاريخ لسلامة وقت الأداء من الجرحة الحادثة قاله الشارح. ونقله في المعيار مسلماً.

قلت: والتعليل الأخير يقتضي وجوب التاريخ وهو يؤيد ما مرّ عند قوله وحقه إنهاء ما في علمه الخ. من أن الفسق الطارىء بعد الأداء لا يبطل الشهادة فتأمله، وفي نوازل الزياتي أن القاضي أبا عبد الله المكناسي سئل عمن استظهر برسم عليه خطاب قاض معروف مات معزولاً، فادعى المطلوب أن القاضي خاطب عليه بعد عزله، وخالفه الطالب فقال: إن لم يكن للخطاب تاريخ يعلم به قدمه على عزله لم يعمل به اهـ. قلت: وقد يؤرخ في حال العزل باليوم الذي كان مولى فيه، وقد شاهدنا من ذلك العجب العجاب فلا تنتفي التهمة إلا بالتسجيل عليه والله أعلم.

ولما أخبر أن الخطاب واجب إن طلبه الخصم، وكان ذلك شاملاً للخطاب في الشاهدين على كتاب القاضي الكاتب يشهدان بما فيه عند المكتوب إليه كما مرّ عن (خ) وللخطاب المجرد عنهما، وسواء كانت الكتابة في بطاقة على حدتها مع الإحالة على رسم الحق أو في رسم الحق نفسه، وقوله: للرسوم لا ينافي ذلك لأن المراد على مضمنها كان فيها أو على حدته كان بشاهدين أم لا؟ بين أن الصور كلها جائزة، وأن الخطاب بالكتابة حيث كان بلفظ أعلم مقبول على أي وجه كان فقال:

٨٦ـ وَالْعَمَلُ الْيَوْمَ عَلَى قَبُولِ مَا خَاطَبَهُ قَاضٍ بِمِثْلِ اعْلَمَا

(**والعمل**) مبتدأ (**اليوم**) ظرف يتعلق به (**على قبول ما**) خبر المبتدأ وما موصولة مضاف إليه وصلتها (**خاطبه قاض**) و(**بمثل أعلما**) يتعلق به وهو مقحم أو بمعنى نفس كما قيل بكل منهما في قوله تعالى: ﴿فإن آمنوا بمثل ما آمنتم﴾ [البقرة:١٣٧] الآية. ولو قال بلفظ أعلما لأن الخطاب إنما كان في زمانه به لا بمثله ولا به وبمثله كأخبر كان أولى قاله (ت) قلت: وسيأتي أن الاقتصار على لفظ أعلما مجرد اصطلاح ولو تغير الاصطلاح إلى غيره مما يؤدي معناه لصح الخطاب به فاعتراضه إنما هو بالنسبة لتقييد النظم باليوم اهـ. وظاهر النظم القبول وإن لم يكن إشهاد وهو موافق لما حكاه ابن المناصف عن أهل عصره من اتفاقهم على قبول كتاب القاضي

وقول الناظم:

(**والعمل اليوم**) أي في زمانه (**على قبول ما**) أي الخطاب الذي (**خاطبه قاض بمثل أعلما**) لفظ مثل ههنا مقحمة أو بمعنى نفس كما قيل بكل منهما في قوله تعالى: ﴿فإن آمنوا بمثل ما آمنتم به﴾ [البقرة:١٣٧] ولو قال بلفظ أعلم لأن الخطاب في زمانه إنما كان به لا بمثله ولا به وبمثله كأخبر وأعلم ههنا فعل ماض وفاعله هو المكنى عنه آخراً. قال الشيخ ميارة: وهو يتعدى لمفعولين حذف أولهما للعموم أي منَ يقف عليه والثاني هو قوله باستقلاله أو بثبوته اهـ. والمعروف أن أعلم ينصب ثلاثة مفاعيل فيقال: إن المفعولين الأخيرين سد مسدهما المصدر المنسبك من أن والفعل وهو قوله باستقلاله والباء زائدة، والأصل أعلم من يقف عليه أنه مستقل أو هو من باب ـ من أنبأك هذا ـ .

بمجرد معرفة خطه دون إشهاد عليه. قال: ولا يستطيع أحد صرفهم عنه فيما أظن مع أني لا أعلم فيه خلافاً إلا ما وقع في المذهب أن كتاب القاضي لا يجوز بمعرفة خطه اهـ. وقوله: لا أعلم فيه خلافاً الخ. يعني به إلاَّ ما وقع لسحنون من قبوله كتب أمنائه كما يأتي، وظاهره أيضاً أن الخطاب بأعلم يقبل مطلقاً كان المخاطب بالفتح معيناً أم لا. وهو كذلك كما في العتبية فيعمل به مع عدم التعيين كل من يقف عليه من القضاة إذا عرف خطه أو ثبت ببينة عادلة أنه خطه ولو بشاهد واحد على ما للمكناسي في مجالسه عمن أدركه من القضاة ابن المناصف، وإذا ثبت خط القاضي الكاتب وجب العمل به، وإن لم تقم بينة بذلك، والقاضي يعرف خط القاضي الكاتب فواجب عندي قبوله بمعرفة خطه، وقبول سحنون كتب أمنائه بلا بينة يدل على ذلك وليس ذلك من باب قضاء القاضي بعلمه الذي لا يجوز القضاء به لأن ورود كتاب القاضي عليه بذلك الحق كقيام بينة عنده فقبوله الكتاب بما عرفه من خطه كقبوله بينة بما عرف من عدالتها اهـ.

قلت: وحاصل ما قاله أن قضاء القاضي بعلمه المجرد عن الواسطة كعلمه أن لزيد على عمرو درهماً ممتنع، وأما إن علمه بواسطة البينة التي يعرف عدالتها أو بواسطة الخط الذي يعرف عدالة كاتبه، فهذا جائز قضاؤه به لبعد التهمة، وقد يقال: إن التهمة تقوي في انفراده بمعرفة الخط لمشاركة بعض الناس له في العلم بالعدالة وللبحث عن تحققها بالأعذار، ولذا نظر فيه المكناسي في مجالسه قائلاً يلزم عليه أن من قام بشهادة عدلين ميتين أو غائبين، ولم يوجد من يعرف خطهما، والقاضي يعرف خطهما أن يحكم بذلك الرسم، وهذا مما لا يقوله أحد أي لأنه من الحكم بعلمه إذ لا فرق فيما يظهر بين خط الشاهد وخط القاضي، بل صرح أبو الحسن كما في أقضية المعيار بعدم قبوله في خط القاضي قائلاً لأنه حاكم بعلمه وهو الموافق لما مرّ في البيت قبله عن المازري، ولا سيما مع ضعف عدالة قضاة اليوم، فينبغي أن لا يباح ألبتة فتأمله والله أعلم.

وأما مع التعيين فيعمل به المكتوب إليه أو من ولي بعده كما يأتي في قول الناظم: ومعلم يخلفه والي القضا الخ. وظاهره أيضاً أنه يقبل وإن مات المخاطب بالكسر أو عزل أو مات المخاطب بالفتح أو عزل وهو كذلك في الجميع على المعتمد، وبه العمل كما يأتي عند قوله: واعتمد القبول بعض من مضى الخ. وما يأتي للناظم مما يعارض إطلاقه هنا. وفي قوله: وإن يمت مخاطب الخ. ونحوه للشيخ (م) عن ابن المناصف في الفرع الثالث لا يعول عليه، وكيفيته مع عدم التعيين على ما به العمل اليوم بفاس وما والاها أن يكتب أسفل الرسم أو عرضه أو في ظهره الحمد لله أديا فقبلا، وأعلم به في تاريخ كذا على ما هو الأحوط أو الواجب كما مرّ وإن كان الناس اليوم فيما شاهدناه على عدم التاريخ أو الحمد لله أديا فثبت وأعلم به أو الحمد لله أعلم بصحته أو بثبوته أو باستقلاله وإن كان في الصك رسوم نبه على جميعها إن أراد ذلك وصحت عنده وإلاَّ قيد بالأخيرين مثلاً أو بما ثبت عنده منها، وإن كان في الرسم عدل واحد أو عدد كثير ولم يقبل إلا واحد فيكتب على ما شهدناه اليوم أدي فقبل وأعلم به فلان، وكان الضمير عندهم في به في الخطاب على الواحد يعود على الأداء المفهوم من أدى وليس له أن يخاطب على الواحد بقوله أعلم بصحة الرسم أو بثبوته أو باستقلاله مع قصده بذلك ثبوت الحق

على المطلوب، وأنه لم يبق له فيه مقال بطعن ولا غيره لما علمت أن الحق لا يثبت بالواحد إلا بعد اليمين معه، وهذا في الأموال، وأما في غيرها مما لا يثبت إلا بعدلين فلا وجه للخطاب فيها على الواحد لما مرّ أنه لا خطاب على رسم ناقص لا ينتفع به ربه، اللهم إلا أن يرجى أن يضاف إليه شاهد آخر في غير موضع الخطاب فيخاطب حينئذ، وإن كان الخطاب بورقة مفصولة عن رسم الحق غير ملصقة به فلا بد أن يقول أعلم بصحة الرسم الذي بيد حامله فلان المتضمن للحق الذي له على فلان المؤرخ بكذا الذي شهوده فلان وفلان ونحو ذلك مما يعين الرسم المخاطب عليه، وإن ألصق ورقة بالرسم وخاطب فيها قال أعلم بصحة العقد المرتسم بالورقة الملتصقة لهذا المتضمن لفلان قبل فلان كذا، أو المتضمن توكيل فلان فلاناً على كذا ونحوه مما يعين الحق المخاطب به، فلا بد من زيادة المتضمن الخ. خشية أن يلصق ورقة الخطاب بورقة حق غير الحق الذي به وقع الخطاب، ولا يعمل به إن سقط ذلك منه كما لا يعمل به إن كان الخطاب ملصقاً ولم يقل فيه بالملتصق أعلاه لإمكان إزالته من ورقة أخرى، ولا يكفي عن زيادة المتضمن الخ. ما صدر به من قوله بالملتصق أعلاه كما يقتصر عليه الجهال من القضاة لأن ذلك لا يمنع إلصاقه بورقة أخرى، وأما مع التعيين فكيفيته الحمد لله أعلم بصحة الرسم المقيد فوق هذا على ما يجب الشيخ الفقيه أبو فلان فلان ابن فلان أدام الله توفيقه وتسديده، ولِيه في الله تعالى وموثقه فلان ابن فلان، ويكتب اسمه بتخليط وتعمية، ويسمى العلامة والشكل لئلا يخاطب على لسانه غيره، وإنما قدموا مفعول أعلم وهو اسم المكتوب إليه على الفاعل الكاتب تعظيماً له واهتماماً به، ثم إذا وصل الخطاب للمكتوب إليه المعين كتب تحته بخط يده أعملته، وكذا إن كان المكتوب إليه غير معين ووقف عليه بعض القضاة وكان الخصام عنده فإن لم يكن الخصام عنده بل ببلد آخر لا يعرف قاضيها خط القاضي الكاتب، ولكن يعرف خط الواقف عليه كتب الواقف المذكور الحمد لله أعلم بأعماله فلان ابن فلان، وهكذا حتى يصل إلى بلد قاضي بلد النزاع.

ولما كان الخطاب الذي لم يصرح فيه بالإعلام لغواً غير مقبول ولا معمول به عند القضاة نبه عليه بقوله:

٨٧ـ وَلَيْسَ يُغْني كَتْبُ قَاضٍ كاكْتَفَى عَنِ الخِطَابِ والمَزِيدُ قَدْ كَفَى

(وليس) فعل ناقص (يغني) خبرها (كتب قاض) اسمها (كاكتفى) مفعول بقوله كتب لأن

(وليس يغني كتب قاض كاكتفى) الكاف: اسم بمعنى مثل مفعول بقوله: كتب، وكتب فاعل يغني وليس مهملة بمنزلة لا أو اسمها ضمير الشأن أو هو كتب، ويغني خبرها مقدم وهو جائز خلافاً لابن درستويه والثلاثة مذكورة في قوله ليس ينفك ذا غنى واعتزاز كل ذي عفة مقل قنوع أو هو من باب التنازع بين جامد وغيره عند من أجازه (عن الخطاب) متعلق بيغني، وكذا استقل الرسم أو صح أو ثبت عندي حتى يزيد وأعلم به (والمزيد قد كفى) أي ويكفي المشهود له عن زيادة الشهود لدلالته على أن الرسم قد استقل عند القاضي، فالمزيد مصدر منصوب على إسقاط الخافض أي وقد كفى عن المزيد ثم بين ما لا بد منه في الخطاب على طريق الحصر فقال:

الكاف اسم بمعنى مثل **(عن الخطاب)** يتعلق بيغني أي ليس كتب القاضي تحت الرسم اكتفى، ومثله من نحو استقل أو صح أو ثبت مغنياً عن الخطاب بأعلم، بل حتى يزيد وأعلم به أو يقول أعلم باستقلاله ونحوه مما مرّ وهو صريح في أن الثبوت ليس بحكم فقوله: **(والمزيد)** منصوب على نزع الخافض بقوله: **(قد كفى)** أي كفاه عن زيادة الشهود فهو يتعدى للأول بنفسه وللثاني بحرف الجر كقوله تعالى: ﴿واختار موسى قومه﴾ [الأعراف:١٥٥] ويجوز أن تكون ليس مهملة بمنزلة لا وأن يكون اسمها ضمير للشأن والجملة خبرها. وحاصله: أن القاضي إذا اقتصر على كتب اكتفى أو استقل أو نحوهما كان ذلك قاصراً عليه وكأنه تذكرة لنفسه بأنه وقف على موجب اكتفاء الرسم لعدالة شاهديه ونحو ذلك، وإخبار للمشهود له بأنه يكفيه ذلك عن الزيادة فلا يلزم قاضياً آخر إذا وقف على ذلك أن يمضيه اعتماداً على قوله اكتفى ونحوه، لأنه لم يخاطبه ولو أمضاه لكان غير معتمد على شهادة ولا خبر من القاضي الأول. قلت: وذلك والله أعلم أن الأول قد يكتبه اعتماداً على ما ظهر له فيه ابتداء وإن كان سيراجع فيه نفسه ويبحث عن باطنه فلا يدل ذلك على أنه استقصى أمره فيه، فكما أن الناقل لا ينقل إلا بإشهاد فكذلك المخاطب بالفتح لا يعمل به إلا بإعلام لاشتراط الإذن في كل منهما، ولذا قال (خ): ولم يشهد على حاكم قال: ثبت عندي إلا بإشهاد الخ. ولذا أتى الناظم بالحصر فقال:

٨٨- وإنَّمَا الخِطَابُ مِثْلُ أَعْلَمَا إذْ مُعْلَماً بِهِ اقْتَضَى ومُعْلِمَا

(وإنما) حرف تأكيد وحصر **(الخطاب)** مبتدأ خبره **(مثل أعلما)** بصحته أو استقلاله أو استقل وأعلم به ونحو ذلك مما يقتضي أن المخاطب بالكسر أذن لمن يقف عليه أن يعمل بمقتضاه واقتصارهم على لفظ أعلم مجرد اصطلاح فلو تغير الاصطلاح إلى سواها مما يؤدي معناها كأخبر ونحوه لصح، ولذا قال الناظم بمثل أعلم أي بأعلم أو مثله مما اصطلح قضاة الوقت عليه **(إذ)** تعليلة **(معلماً به)** بفتح اللام اسم مفعول من أعلم وضمير به يعود على الرسم المخاطب عليه على حذف مضاف أي بثبوته ونحوه وهو مفعول مقدم بقوله: **(اقتضى)** أي طلب وافهم **(ومعلما)** بكسر اللام معطوف على الأول، ويكون الناظم ساكتاً عن الشخص المعلم بالفتح، ويجوز العكس وهو كسر اللام في الأول وفتحها في الثاني، وعليه فقد تضمن كلامه الثلاثة المعلم بالكسر وهو فاعل الإعلام، والشيء الذي وقع به الإعلام وعليه يعود الضمير في به والشخص المعلم بالفتح أي لأنه اقتضى معلماً بالشيء الذي تضمنه الرسم وشخصاً معلماً وهو المخاطب بالفتح، ويجوز فتح اللام فيهما ويكون المعلم بالكسر مستفاداً من اللفظ، إذ لفظ الإعلام لا بد له من فاعل يوقعه، وفي كل وجه من هذه الأوجه يصح التنازع في به على قول من أجازه في متقدم أي لأنه

(وإنما الخطاب مثل أعلما) لا مجرد اكتفى أو استقل أو ثبت، وظاهر ابن المناصف أن الثلاثة سواء، وعن الغقباني إن استقل فيما ثبت بشهادة المبرزين من العدول وثبت فيما ثبت بدونهم واكتفى في الأدنى **(إذ معلماً به)** أي بالشيء المخاطب به **(اقتضى ومعلما)** كما اقتضى الشيء المعلوم فهي ثلاثة أمور لا يصح الخطاب إلا بما يتضمنها. وتقدم أن العمل بأعلم لا غير. تنبيه: ما قررنا عليه من اتصال قوله: وليس يغني إلى آخر البيتين، بقوله: والعمل اليوم هو الصواب في الترتيب ووقع في كثير من النسخ تأخيرهما عن قوله: وإن يمت إلى آخر الأبيات الخمسة ولا وجه له.

اقتضى شيئاً معلماً به وشخصاً معلماً بالفتح والكسر بذلك الشيء، وهكذا والضمير في به على كل حال يعود على الشيء الذي وقع به الإعلام، ثم إن هذا البيت ليس فيه كبير فائدة مع ما قدمه في قوله: والعمل اليوم الخ إلا ما أفاده من الحصر، ومن بيان وجه كون اكتفى ونحوه لا يكفي في الخطاب أي لكونه لا يقتضي ما ذكر وحينئذ، فلو قدم هذا البيت وجعل بعده قوله: والعمل اليوم الخ. ويقول بعده ما نصه:

من أجل ذا لا يغني كتب كاكتفى عن الخطاب والمزيد قد كفى

أي لا يغني قاضياً كتب كاكتفى الخ. ليسلم من التكرار مع إفادة تعليل عدم الاكتفاء بذلك، وإنما كان أعلم يقتضي ما ذكر لأن قولهم أعلم باستقلاله ونحوه لا بد له من الفاعل الذي هو المعلم بالكسر، وهو هنا فلان القاضي الذي جرت العادة أن يكتب اسمه شكلاً يسمى العلامة وهو يتعدى إلى ثلاثة حذف؛ أولها: الذي هو المعلم بالفتح للتعميم أي كل من يقف عليه كقوله تعالى: ﴿والله يدعو إلى دار السلام﴾ [يونس:٥٢] والثاني والثالث: الذي هو المعلم به سد مسدهما المصدر المنسبك من أن، والفعل إذ الأصل أعلم فلان فلاناً رسماً مستقلاً كقولك: أعلمت زيداً عمراً قائماً، فلما دخلت أن على الثاني والثالث للتأكيد ونحوه سبكا بمصدر، وكان الأصل أن يتعدى إليهما بنفسه كما تقول: أعلمت زيداً قيام عمرو، ولكنهم اصطلحوا هنا على جره بالباء الزائدة كما ترى، وقد سئل الشيخ المكودي رحمه الله عن وجه زيادتهم لها فقال: إنما سئل عنه لو كان من كلام العرب. وهذا ما يكتبه القاضي الكاتب، وأما المكتوب إليه فقد تقدم أنه يكتب تحته أعملته من غير أن يضع علامته، وكأنه تذكرة لنفسه فقط وسواء كان معيناً أم لا على ما به العمل، وقيل: إن كان معيناً كتب قبلته وذلك مجرد اصطلاح فإن احتيج لتسجيل الإعمال والاستقلال ونحوهما كتب تحته: أشهد عدلان أشهد قاضي كذا، وهو بإعمال واستقلال الرسم أعلاه الإعمال أو الاستقلال التام لصحته عنده وثبوته لديه بواجبه وهو بحيث يجب له ذلك من حيث ذكر، فإذا طولع به القاضي ووضع علامته موضع البياض ووضع العدلان علامتيهما إثر تاريخه وليس لمن لم يسع من العدول إشهاده بالإعمال المذكور أن يشهد عليه بالإعمال ونحوه اتكالاً على رؤية ما كتبه من قوله أعملته أو استقل ونحوهما، لأن هذا شاهد على خطه لا على إشهاده قال (غ): وهذا وإن تسامح فيه أهل فاس وعملها، لكن لا يعلم له أصل إذ كيف تصح الشهادة على خطه، وقد لا يكون بين مقعده، ودكان الشاهد الأقدر غلوة أو أقل اهـ. ونحوه للمكناسي في مجالسه، والغلوة: منتهى الرمية يعني أن الشهادة على الخط إنما تجوز مع بعد الغيبة أو الموت والقاضي هنا بخلاف ذلك فكان الواجب أن لا يشهد عليه حتى يسمع إشهاده، ولا سيما وقد تقدم أنه يكتب ذلك غير جازم به بل ليراجع فيه نفسه، وكأنهم اعتمدوا في ذلك على ما في وثائق الفشتالي حيث قال ما نصه: فإذا ثبت الرسم عند القاضي وكتب تحته: أكتفي فتكتب في الرسم أشهد قاضي كذا باكتفاء الرسم فوقه الاكتفاء التام الخ. فظاهر أنه بمجرد رؤية خطه يشهد عليه، وإن لم يشهده وفي ذلك من التسامح ما لا يخفى.

قلت: وتأمل هذا هل تصدق على هذا الشاهد حقيقة شهادة الزور وهي كما لابن عرفة أن يشهد بما لم يعلم عمداً ولو طابق الواقع وهو الظاهر أم لا.

تنبيه: استفيد من الناظم أن اكتفى واستقل وثبت ونحوها ألفاظ مترادفة وأن بعضها يقع موضع بعض، وأن الإعلام بها هو الواجب لإعمال المخاطب بمقتضاها لما مرّ، وهو ظاهر ابن المناصف، وعن العقباني أن الخطاب بالاستقلال فيما ثبت بشهادة المبرزين وبالثبوت فيما ثبت بدونهم، وبالاكتفاء في الأدنى وهو مجرد اصطلاح.

٨٩- وإن يَمُتْ مُخَاطِبٌ أو عُزِلا ۞ رُدَّ خِطَابُهُ سِوَى مَا سُجِّلا

(وإن يمت) شرط **(مخاطِب)** بالكسر فاعله **(أو عزلا)** عطف على فعل الشرط **(رد)** بالبناء للمفعول **(خطابه)** نائبه، والجملة جواب الشرط أي يلغى خطابه ولا يعمل به على هذا القول الذي صدر به الناظم، لأنهم نزلوا خطابه بالرسم منزلة خطابه بالمشافهة، وهو إذا مات لا يتكلم، وإذا عزل لا يقبل كلامه (خ): ولا تقبل شهادته بعده أنه قضى بكذا أي إلا ببينة على ذلك، وهو معنى قول الناظم: **(سوى)** استثناء **(ما)** موصول مجرور واقعة على المخاطب به **(سجلا)** بالبناء للمفعول أو الفاعل، والعائد على ما في هذا الوجه محذوف أي سوى ما سجله القاضي على نفسه بأن يشهد عدلين باستقلال الرسم، أو اكتفائه على حسب ما مرّ قبله، أو يشهدهما بأنه قد أجله أو أعذر له، أو حكم عليه ونحو ذلك كما مرّ في فصلي الإعذار والآجال لأن إشهاده بالتأجيل ونحوه حكم أمضاه بدليل أن المخاطب بالفتح يبني عليه كما مرّ فإطلاق الناظم شامل للأمرين إذ التسجيل إشهاد القاضي على نفسه بأي شيء كان، ولا يقصر إطلاقه على الأول فقط لاقتضائه أنه إذا أشهدهما على نفسه بالتأجيل أو الحكم مثلاً وخاطب عليهما بالإعلام من غير تسجيل للخطاب أنه يرد على هذا القول وليس كذلك، وبه تعلم أن اعتراض (ت) على (م) بأن التسجيل بالحكم لا يقرر به كلام الناظم لبعده، ولأنه إذا حكم عليه وماله غائب ألزمه الضامن أو الرهن، ولا يحتاج إلى خطاب من ينفذ الحكم الخ. ساقط لأنه قد يحكم ويعجز عن التنفيذ لسطوته أو لفراره بماله بعد الحكم وقبل إلزامه بالضامن أو الرهن، وقد قال في المفيد: ولو كان المطلوب بالدين في بلد القاضي الكاتب فقال في خطابه: قد أنفذت حكمي بالشهادة على خط الشهود فإن حكمه ينفذ وإن تعذر قبض الحق منه حتى خرج من بلد القاضي الكاتب لزمه الحكم ولا يوهنه خروجه عن بلد القاضي الكاتب اهـ. وهو صريح في أنه مع العجز يخاطب من ينفذه ممن يأتي بعده أو غيره، كيف وقد تقدم وما بالعهد من قدم، عن المازري: أنه يخاطب بما حكم به لحاضره على غائبه، وأشعر فرض الناظم الكلام في القاضي أن نائبه ليس له أن يسجل بما ثبت عنده وهو كذلك، فإن فعل فلا يمضي إلا أن يجيزه المستخلف بالكسر ما لم يكن استخلفه بإذن الإمام وإلاّ فيقبل تسجيله من غير إجازة، وإذا قلنا لا يسجل

(وإن يمت) قاض **(مخاطب)** بالكسر **(أو عزلا)** عن خطة القضاء **(رد خطابه)** أي ألغي ولا يعمل به على أحد القولين، لأنهم نزلوا خطابه بالرسم منزلة خطابه بالكلام والمشافهة، وهو إذا مات لا يتكلم، وإذا عزل لا يقبل كلامه ولا شهادته بعده إنه قضى بكذا **(سوى ما سجلا)** أي إلا أن يكون قد سجل ذلك الخطاب وأشهد به على نفسه فإنه يعمل به مطلقاً هكذا شرحه ابن عرضون، وبه قرره شيخنا أبو البقاء رحمه الله، وتقرير الشيخ ميارة بأن المراد بالتسجيل أي سوى ما كان

فله أن يسمع البينة ويقبل من عرف عدالته وتعقد عنده المقالات، ويرفع ذلك إلى المستخلف بالكسر لينظر فيه قاله في التبصرة، ويفهم من قوله: ويدفع ذلك لمستخلفه أنه ليس له الرفع ولا الخطاب به إلى الغير، وإن فعل لا يمضى مات المستخلف بالكسر أو عزل أو كان حياً والله أعلم.

٩٠ـ واعتَمَد القَبُولَ بَعْضُ مَنْ مَضى وَمُعْلَمٌ يَخْلُفُه وَالِي القَضَا

(واعتمد القبول) مفعول والفاعل **(بعض من مضى)** قال الفشتالي في وثائقه: وإن كان القاضي لم يشهد بالتسجيل عليه وإنما كتب في الرسم بخطه أعلم باكتفائه فلان أو أعلم بثبوته أو استقلاله، ثم وصل إلى غيره، فإنه يعمله على ما جرى به العمل سواء عين فيه المكتوب له أو لم يعينه، وسواء مات الكاتب أو عزل ووصل إلى المكتوب له هذا قوله في المدونة اهـ. ونحوه للعقباني في الدرر المكنونة ولليزناسي في شرحه للنظم، وقد تبين أن الخطاب المسجل يعمل به مطلقاً اتفاقاً وغير المسجل يعمل به كذلك إن كان المخاطب بالكسر لم يعزل ولم يمت وإلاَّ فقولان، بالرد وهو ما صدر به الناظم وعدمه قالوا: وبه العمل اليوم وهو مذهب المدونة كما رأيته، وحكاه ابن المناصف أيضاً عن مختصر الواضحة، ولكن قيده بما إذا أشهد القاضي الكاتب لأن إشهاده على ذلك كإشهاده على حكم مضى قال: وأما ما التزمه الحاكم وعملوا به في أقصى قطر المغرب من الاجتزاء بمعرفة خط القاضي الكاتب والعمل به دون إشهاد فلا يصح إلا أن يصل للمكتوب إليه والكاتب على حال ولايته اهـ.

واعتمد تقييده المذكور غير واحد، وذكر ابن عرفة أنها نزلت في وسط القرن الثامن وأن شيخه أبا عبد الله السبطي رجع إلى تقييد ابن المناصف، ولذا صدر به الناظم وهو الأحوط في العزل لأنه قد يفعله بعد عزله ويوهم أنه صدر منه قبله، فإذا كان قول القاضي بعد عزله قد كنت حكمت بكذا قبله أو أجلت ونحوه لا يقبل إلا ببينة لاحتمال كذبه، فكذلك هذا إذا خاطبه الوارد بعد عزله بمنزلة قوله ذلك، وأما في الموت في حال الولاية فلا يتطرق هذا الاحتمال مع معرفة خطه فتأمله، ثم بعد كتبي ما تقدم وقفت في شهادات المعيار على جواب لابن زيادة الله وابن الفراء الذي يقتضيه النظر هو ما ذكرناه فالحمد لله على الموافقة. **(و)** إن مات أو عزل **(معلم)** بفتح اللام أي مخاطب بالفتح فهو فاعل بفعل شرط مقدر يدل عليه فعل الشرط المتقدم لا معطوف على مخاطب لأن العطف يقتضي التشريك في الحكم، وليس الأمر هنا كذلك خلافاً لـ **(ت)** ويجوز أن يكون مبتدأ وسوغ الابتداء به كونه صفة لمحذوف **(يخلفه)** بفتح الياء وضم اللام مضارع خلفه إذا قام مقامه خبر أو جواب، وعلى كل حال فهو مرفوع لكن إن قدر

المخاطب بالكسر قد حكم به فإنه يمضيه المكتوب إليه وينفذه غير ظاهر لبعده، ولأنه إذا حكم عليه وماله غائب ألزمه الضمان ولا يحتاج إلى خطاب من ينفذ الحكم **(واعتمد القبول)** لخطاب القاضي بعد موته أو عزله **(بعض من مضى)** وهو نص المدونة وبه العمل اليوم.

(ومعلم) بفتح اللام مبتدأ خبره ما بعده، وسوغ الابتداء به قصد الجنس أو عطف على مخاطب أو بتقدير الشرط أي وإن يمت معلم أي مخاطب بالفتح **(يخلفه)** بالرفع. وبعد ماض رفعك الجزا

الفاعل ماضياً كان رفعه حسناً لقول ابن مالك: وبعد ماض رفعك الجزا حسن. وإن قدر مضارعاً فالرفع ضعيف (والي) فاعل يخلف (القضا) مفعول في المعنى بوالي مجرور في اللفظ بالإضافة أي إن مات أو عزل المخاطب بالفتح قبل وصول الخطاب إليه فإن متولي القضاء بعده يخلفه في العمل بمقتضاه قاله في المدونة، ثم أشار إلى مفهوم قوله: وإن يمت الخ. فقال:

٩١- والحَكَمُ العَدْلُ عَلَى قَضَائِهِ خِطَابُهُ لا بُدَّ مِن إمْضَائِهِ

(**والحكم**) بفتح الكاف لغة في الحاكم مبتدأ (**العدل**) صفة (**على قضائه**) يتعلق بمحذوف حال أي مستمراً على قضائه ولم يحصل له موت ولا عزل (**خطابه**) مبتدأ ثان (**لا**) نافية للجنس (**بد**) اسمها (**من إمضائه**) خبرها. والجملة خبر الثاني والثاني وخبره خبر الأول أي: لا تخلص من إمضائه. ومفهوم العدل أن غيره لا يعمل بخطابه لأنه لا تصح توليته كما مرّ. ابن عرفة: وشرط إعمال خطاب القاضي صحة ولايته ممن تصح توليته، وقد تقدم قول (**خ**): إن كان أهلاً أو قاضي مصر، وظاهر النظم أن المخاطب بالفتح يمضيه ويعمل به سواء وافق مذهبه أم لا. وهو كذلك على ما به العمل إن كان المخاطب بالكسر قد حكم بما خاطب به، وأما إن لم يحكم به، وإنما خاطبه بما ثبت عنده فلا يحكم إلا بما يوافق مذهبه قاله في المفيد. وذكر ابن فرحون القولين عن المازري من غير تعرض للمعمول به منهما.

قلت: وهذا بين إن كان الحاكم حكم بأحد حكمين متساويين، أو كان من أهل الاجتهاد في المذهب والنظر في ترجيح الأقوال، أو كان من مذهب آخر كشافعي يخاطبه مالكي مثلاً لأن حكمه حينئذ يرفع الخلاف، وإلاَّ بأن قصرت رتبته عن الاجتهاد والنظر في الترجيح ولم يكن من مذهب آخر، فلا يمضي حكمه وينقضه لأنه محجر عليه في الحكم بغير المشهور أو الراجح أو ما جرى به العمل كما مرّ.

٩٢- وفي الأداءِ عِنْدَ قاضٍ حلَّ في غيرِ مَحلِّ حُكْمِهِ الخُلْفُ اقْتُفِي

(**وفي الأداء عند قاض**) من صفته (**حل**) أي نزل (**في**) بلد (**غير محل**) أي بلد (**حكمه الخلف**) مبتدأ (**اقتفي**) أي اتبع خبره، وفي الأداء يتعلق به، وعند قاض يتعلق بالأداء، ومعناه أنه اختلف إذا نزل القاضي ببلد لا ولاية له عليها، هل له أن يسمع بذلك البلد النازل فيه بينة

حسن (**وإلى القضا**) أي من تولاه بعده قال في المدونة: وإذا كتب قاض إلى قاض فمات الذي كتب الكتاب أو عزل قبل أن يصل الكتاب إلى القاضي المكتوب إليه أو مات المكتوب إليه أو عزل ووصل الكتاب إلى من ولي بعده، فالكتاب جائز ينفذه من وصل إليه وإن كان إنما كتب لغيره اهـ. (**والحكم العدل**) كائناً (**على قضائه**) من غير عزل ولا موت (**خطابه**) مبتدأ خبره (**لا بد من إمضائه**) والجملة خبر الحكم أي لا بد أن ينفذه ويمضيه المكتوب إليه إذ لا وجه للغوه (**وفي الأداء عند قاض**) من صفته (**حل في**) بلد (**غير محل حكمه الخلف**) مبتدأ (**اقتفى**) أي اتبع خبره وفي الأداء يتعلق به، والمعنى أنه اختلف إذا حل القاضي بغير محل ولايته هل له أن يسمع هنالك بينة تشهد بحق لمن هو في محل ولايته أو لا منع ذلك ابن عبد الحكم فقال: إن حج قاض فحل بغير محل ولايته فليس له أن يسمع بينة على من في محله، وأجازه أصبغ قال: ويسأل من قام بها تعديلها.

شاهده بحق لمن هو له في ولايته على غائب نازل بولايته ويعمل على ما أخبره به قاضي ذلك البلد من عدالتهم، وهو قول أصبغ قال: ولو اجتمع الخصمان عنده بذلك المحل النازل فيه، والمتنازع فيه في محل ولايته لم ينظر بينهما إلا أن يتراضيا عليه أو ليس له أن يسمع ذلك على من غاب بولايته، ولا أن يخاطب بذلك إلى أحد، وله أن يسأل عن حال بينة شهدت عنده، وهو قول ابن عبد الحكم، وانظر قوله: وله أن يسأل عن حال بينة شهدت عنده أي شهدت عنده في ولايته ويسأل عن عدالتها ههنا، وظاهره له أن يسأل قاضي البلد أو غيره ممن يعرفه بالعدالة فتأمله مع ما يأتي، ثم إنه يؤخذ من قول أصبغ هذا أن للقاضي أن يسمع البينة بغير حضرة المطلوب ولو قربت غيبته، وهو كذلك على ما به العمل وهو مذهب المدونة، وبه قال ابن الماجشون إلاّ أنه إذا حضر قرئت عليه الشهادة وأسماء الشهود فإن كان له فيهم مدفع، وإلاّ قضى عليه. وقال سحنون: لا يسمع الشهادة إلا بمحضر المطلوب إلا أن يكون بعيد الغيبة. انظر تبصرة ابن فرحون.

٩٣ـ وَمَنْعُهُ فيهِ الخِطابَ المُرْتَضَى وَسوَّغ التَّعْرِيفَ بعضُ مَنْ مَضَى

(ومنعه) أي القاضي مبتدأ مضاف إلى المفعول الأول **(فيه)** يتعلق بقوله: **(الخطاب)** مفعول ثان، والصواب أنه على نزع الخافض كقوله تعالى: ﴿واختار موسى قومه﴾ [الأعراف: ١٥٥] والضمير المجرور يرجع لغير محل حكمه **(المرتضى)** خبر المبتدأ وأشار به لقول ابن سهل بعد نقله الخلاف المتقدم، وسألت ابن عتاب عن قاض حل بغير بلده وقد ثبت عنده ببلده حق لرجل، فطلب أن يخاطب به قاضي موضع المطلوب قال: لا يجوز ذلك، فإن فعل بطل ثم قال: ولا يبعد أن ينفذ **(وسوغ)** أي جوز **(التعريف)** مفعول **(بعض من)** فاعل **(مضى)** صلة من وأشار به إلى قول ابن سهل إثر ما مر قلت لابن عتاب: فإن كان الحق الثابت عنده ببلده على من هو بموضع احتلاله أي نزوله فأعلم قاضي الموضع بذلك مشافهة بما ثبت عنده أيكون كمخاطبته بذلك؟ قال: ليس مثله يعني ليس كمخاطبته إياه بذلك من محل ولايته، ثم قال ابن سهل: ورأيت فقهاء طليطلة يجيزون إخبار القاضي المحتل بذلك البلد قاضي البلد، ويرونه كمخاطبته إياه اهـ. فأشار الناظم بقوله: وسوغ الخ. إلى ما قاله فقهاء طليطلة، ويفهم منه أن البعض الآخر لم يسوغ ذلك، وهو ما قاله ابن عتاب ومقابل قوله: المرتضى هو قول ابن عتاب، ولا يبعد أن ينفذ الخ. فالخطاب بالكتابة فيه قولان لابن عتاب وغيره وفي المشافهة قولان له وللطليطليين، ولكن قد علمت أن الكتابة قائمة مقام المشافهة، فمن قال بجواز خطابه في غير محل ولايته بالمشافهة وهم الطليطليون يلزمه أن يقول بجوازه بالكتابة إذ هي قائمة مقامها،

(ومنعه) أي القاضي **(فيه)** في غير محل حكمه **(الخطاب)** على الرسوم وهو مفعول منع هو **(المرتضى)** عند ابن عتاب إذ قال في قاض حل بغير بلده وقد ثبت عنده ببلده حق لرجل، فطلب منه أن يخاطب به قاضي بلد المطلوب قال: لا يجوز له ذلك، ثم قال: ولا يبعد أن ينفذ **(وسوغ التعريف)** أي تعريف القاضي الحال للقاضي المحتل به بما ثبت عنده أي إنهاءه له مشافهة **(بعض من مضى)** وأشار به لقول ابن سهل: رأيت بعض فقهاء طليطلة يجيزون أخبار القاضي المحتل بذلك البلد قاضي البلد. قال الشارح: وعليه العمل عند قضاة الجماعة بالحضرة، فهذه إنهاء بالمشافهة والتي

والعكس بالعكس فما قاله ابن عتاب: من أنه لا يبعد أن ينفذ موافق لقول الطليطليين فترجع المسألتان إلى مسألة واحدة، وحينئذ فيجب أن يعمم في قول الناظم ومنعه فيه الخطاب أي: كان بالمشافهة أو بالكتابة، وكذا في قوله التعريف أي بالكتابة أو بالمشافهة، ويكون هذا مقابلاً لقوله المرتضى كما هو ظاهر ولا معنى لجعلهما مسألتين بل المسألة الأولى عند التأمل راجعة إلى هذا أيضاً، وبيانه: أن قولي ابن عبد الحكم وابن عتاب كلاهما جار على المشهور: من أن القاضي إذا حل في غير بلده فهو معزول فلا يخاطب ولا يسمع بينة هناك لأن سماعها يستدعي تعديلها فإن شافهه قاضي ذلك البلد بعدالتها لم يحل له أن يحكم بذلك إذا رجع لأنه حينئذ حاكم بعلم سبق مجلسه كما في ابن شاس وابن الحاج وهو ما أفاده (خ) بقوله: وأنهى لغيره بمشافهة إن كان كل بولايته الخ. وقد جعل غير واحد قول أصبغ والطليطليين مقابلاً فلو أتى المصنف بفاء التفريع بدل الواو فيقول فمنعه فيه الخطاب الخ. إشارة إلى أن هذا بيان للخلاف المذكور لكان أظهر والله أعلم.

تنبيه: قال الشارح: وعلى ما ذهب إليه فقهاء طليطلة العمل عند قضاة الجماعة بالحضرة. يريد حضرة غرناطة، وانظر ما الذي به العمل الآن في هذه الأقطار، وظاهر قولهم: إن عمل المغرب تابع لعمل الأندلس أنه على ذلك.

٩٤ـ وَيُثْبِتُ القاضي عَلَى المَحْوِ وما أَشْبَهَهُ الرَّسْمَ على ما سَلِما

(**ويثبت**) بضم الياء مضارع أثبت (**القاضي**) فاعله (**على المحو**) يتعلق بمحذوف حال من الرسم (**وما**) عطف على المحو (**أشبهه**) صلته أي من بشر وقطع وقرض فار (**الرسم**) مفعول يثبت (**على ما سلما**) حال من القاضي، أو بدل من الرسم، بدل بعض من كل أي: ويثبت القاضي الرسم في حال اشتماله على المحو ونحوه إذا طولب بالخطاب عليه حال كونه منبهاً على ما سلم منه فيقول مثلاً: أعلم بصحة الرسم أعلاه ما عدا المحو أو البشر الذي مبدؤه كذا ومنتهاه كذا، أو أعلم بثبوت ما عدا المحو الذي بين لفظة كذا وكذا في الرسم أعلاه، فلا بد من تنصيصه على الابتداء والانتهاء، وظاهره أنه يثبت السالم سواء كتب في محل المحو والبشر شيء من فصول الوثيقة أم لا. أحتمل أن يكون موضع البشر ونحوه ما يبطل الرسم أو يضاد ما لم يسترب فيه أم لا. وهو كذلك إذا لم يسترب في جميع فصول الرسم من أجل ذلك، وفهم من قوله: على المحو

قبلها إنهاء بالكتابة (**ويثبت القاضي على المحو وما. أشبهه**) كالقطع والبشر وقرض الفار (**الرسم**) مفعول يثبت أي يصحح وعلى المحو حال منه لا صفة لأنها لا تتقدم على الموصوف، وقوله: (**على ما سلما**) بدل من الرسم وينص في كتبه على مبدأ المحو أو البشر ومنتهاه وقال في الفائق: إن وقع بشر أو محو في محل العقد من الوثيقة مثل عدد الدراهم أو أجلها أو التاريخ سئلت البينة فإن حفظت الشيء بعينه من غير أن يروا الوثيقة مضت، وإن لم يحفظوه سئلوا عن البشر، فإن حفظوه أيضاً مضت وإلاَّ سقطت وإن كان في غير مواضع العقد لم يضر الوثيقة ولم يوهنها، وإن لم يعتذر عنه اهـ. وظاهر قوله: وإلا سقطت سقوط الوثيقة كلها، وقيل: إنما يسقط محل البشر فقط ويثبت ما سواه إن استقل.

الخ. أن التقطيع الذي لم تذهب معه الكتابة بأن بقي المقطوع ملزقاً بخيط أو بطرف منه، ونحو ذلك يثبته كله، وهو كذلك لكن لا يحكم به إلا بعد الإيقاف زمناً رجاء أن يظهر له أمر فإن طال حكم به بعد الاستظهار باليمين كما في وصايا المعيار، وفهم من قوله: على ما سلما أن السالم يستقل بنفسه وإلا سقط الرسم كله وهو كذلك، فإذا كان رسم الصداق فيه سطر ممحو مثلاً كتب فيه أي في محل هذا المحو اشتراط عدم الرحيل مثلاً، ولم يحفظ الشهود ذلك أو غابوا أو ماتوا حلف الزوج أنه ما اشترط لها ذلك وسافر حيث شاء، وكذلك إن قال في الوثيقة لفلان على فلان مائة وخمسون ديناراً فوقع المحو ونحوه على الخمسين، فإن المائة تثبت ولا إشكال. وانظر هل تسقط الخمسون الزائدة أو ينظر للتمييز، فإن كان منصوباً فيحمل على أقل العقود وهو أحد عشر، وهو الظاهر هذا معنى قوله: على ما سلما، فإن حصلت الريبة في جميع فصول العقد بسبب البشر ونحوه لم يحقق شهود ما يوجب حكماً أو غابوا أو ماتوا قبل أن يسألوا بطل الرسم كله قاله في المعيار. قال: والبشر أشد وأكبر ريبة عند بعضهم، وفي المتيطية وغيرها: إذا وجد في ذكر حق محو أو بشر غير معتذر عنه إن كان ذلك لا يخل بشرط ولا قيد في الرسم لم يضر، وإن أبطل قيداً من قيود الرسم بطل بذاته مثل أن يخل بتاريخ أو عدد ونحوه، وإن كان مما ينبني عليه الرسم مثل اسم المحكوم عليه أو له بطل جميعه. وقال في الطرر: إذا وقع في الوثيقة بشر أو محو أو ضرب في مواضع العقد مثل عدد الدنانير أو آجالها أو التاريخ ولم يعتذر عنه سئلت البينة فإن حفظت الشيء بعينه من غير أن يروا الوثيقة مضت وإن لم يحفظوه سئلوا عن البشر فإن حفظوه مضت أيضاً، وإلا سقطت، وإن كان ذلك في غير مواضع العقد لم يضر الوثيقة وإن لم يعتذر عنه اهـ بنقل المعيار، ومثل عدم حفظهم لمحل البشر ونحوه موتهم أو غيبتهم كما مر وظاهر قوله: وإلا سقطت الخ. سقوط الوثيقة كلها سواء كان الباقي يستقل بنفسه أم لا. وليس كذلك بدليل ما مرّ لأنها إذا كانت تسقط كلها لم يبق للنظم محمل يحمل عليه. وفي كلام (ت) نظر، ثم بعد كتبي هذا وقفت على أن مافي الطرر وإن نقله غير واحد مسلماً، فقد بحث فيه سيدي يعيش فقال: يظهر لي أن فيه أموراً. الأول: إنه إذا سئلت البينة من غير أن يروا الوثيقة وحفظت الشيء بعينه فالاعتماد إذن على حفظهم لا على الوثيقة حتى يقال مضت. الثاني: إن قوله على البشر فيه إجمال لأنه إما أن يريد بذلك عن الكتابة الواقعة في موضع البشر، أو عن البشر الذي يبقى الكلام فيه له معنى، وأما البشر الذي ليس كذلك كبشر سطر ونحوه من غير كتابة، فلا يتأتى فيه قوله بعد فإن حفظوه مضت. الثالث: أن قوله: وإن لم يحفظوه سقطت الوثيقة فيه جور على رب الرسم بل إذا سلم فيه مثلاً وتقابضا الثمن والمثمن معاينة خاطب القاضي عليه لينتفع به. الرابع: قوله: وإن كان ذلك في غير موضع العقد لم يضر الوثيقة فيه نظر، إذ قد يكون مثلاً في وثيقة التصيير في قول الموثق وحازه معاينة ويقع النزاع في الحوز، بل هذان الأمران مخالفان لقول الناظم: ويثبت القاضي على المحو الخ، فإن ظاهره كان الذي سلم في العقد أو في غيره من الرسم اهـ.

قلت: ويمكن أن يجاب عن الأول بأن الضمير في مضت يعود على الشهادة وعن الثاني بأنه يمكن أن يبشر السطر كله ويحفظوا كل ما كان فيه من غير كتابة كما هو ظاهر، وعن الرابع بأن المراد بالعقد ما لا يتم العقد إلا به فيشمل ما هو شرط فيه، وإن كان خارجاً عنه كالحيازة

ونحوها، نعم يرد على الإطلاق في قوله: وإلا سقطت كما مرّ التنبيه عليه وهو البحث الثالث عنده والله أعلم.

فرع: إذا كانت النسخة مسجلة على القاضي بالصحة بعد المقابلة والمماثلة من شاهديها المعروفين بالعدالة وما تقتضيه ألفاظ التسجيل، فشهد غيرهما بأن الأصل المنتسخ منه كان فيه تقطيع أو محو ونحوه، فإن شهادة الغير لا تعارض شهادة شاهدي النسخة لجواز أن يكون البشر ونحوه طرأ بعد الانتساخ، أو يكون هذا الذي رآه الغير نظير المنتسخ منه لكون شاهديه عدلا عنه، لما فيه من البشر ونحوه، وكتب غيره سليماً ومن هذا السليم أخذت النسخة قاله في المعيار إثر ما مرّ.

٩٥ـ وعِنْدَ ما يَنْفُذُ حُكْمٌ وطُلِبْ تَسْجِيلُهُ فإِنَّهُ أَمْرٌ يَجِبْ

(وعندما) ظرف زمان مضمن معنى الشرط فهو كحيث الواقعة على الزمان **(ينفذ)** بضم الفاء **(حكم)** فاعله ويجوز نصبه على أنه مفعول ينفذ بكسر الفاء المشددة وفاعله ضمير يعود على القاضي **(وطلب)** بالبناء للمفعول نائبه ضميره العائد على القاضي. **(تسجيله)** مفعول ثان، والجملة معطوفة على جملة ينفذ مدخولة للشرط المذكور **(فإنه أمر)** الفاء رابطة بين الشرط وجوابه **(يجب)** صفة لأمر أي: أي وحيثما نفذ القاضي حكماً وطلب منه أحد الخصمين تسجيله أي كتبه وإشهاد شاهدين عليه ليتمسك به تحصيناً لنفسه من مفسدة تجديد الخصومة فإنه أمر واجب عليه فعله، وتقدمت كيفية تسجيله في الآجال، وفهم منه أنه لا بد من تسمية شاهدي التسجيل والإعذار والآجال وشاهدي الحق، إذ لا تتم الحجة إلا بذلك. وهو كذلك. وسواء كان المحكوم عليه غائباً أو حاضراً لأن المحكوم عليه إذا أنكر حكم القاضي والخصومة عنده فلا يقبل قول القاضي عليه كما مرّ عند قوله وقول سحنون الخ. وشمل قوله: وطلب ما إذا طلبه كل منهما وهو نص في وجوب إعطاء الحاكم النسخة للمحكوم عليه من حكمه، ولا سيما إذا قال حكم عليه بما لا نص فيه. وقد صرح به الفقيه سيدي أبو القاسم بن حجوا حسبما في نوازل الزياتي قائلاً: من البدع المحرمة منع قضاة الكور تسجيل الحكم وما بني عليه من المحكوم عليه. فمن منع ذلك فهو ذو حيف مبتدع اهـ.

قلت: ولا سيما مع ضعف عدالة قضاة الوقت وعدم معرفتهم بكيفية إجراء الأحكام على قوانينها، وانظر أواخر الركن الثاني من القسم الأول من التبصرة فإنه ذكر فيه: أن القاضي إذا قال: شهدوا عندي بكذا وحكمت وأنكرت البينة الشهادة عنده بذلك هل ينقض حكمه أو لا؟ قولان: الراجح منهما لمناسبة تهمة قضاة الوقت النقض.

٩٦ـ وَمَا عَلَى القَاضِي جُنَاحٌ لا وَلا مِنْ حَرَجٍ إن ابْتِدَاءً فَعَلا

(وما) نافية **(على القاضي)** خبر **(جناح)** أي إثم مبتدأ **(لا)** تأكيد لما **(ولا)** نافية **(من)** زائدة

(وعندما ينفذ حكم) من قاض **(وطلب. تسجيله)** أي طلب أحد الخصمين من القاضي أن يكتب له ذلك في سجل **(فإنه أمر يجب)** وهذا نص في أنه يلزم القاضي أن يعطي النسخة من الحكم لمن طلبها من المتداعيين **(وما على القاضي جناح)** إثم **(لا ولا من حرج)** ضيق ولا توكيد لما **(إن ابتداء**

(حرج) مجرور لفظاً وهو مرفوع معنى معطوف على جناح ومعناه الإثم أيضاً فهما بمعنى **(إن)** شرط **(ابتداء)** مصدر منصوب على نزع الخافض وفعل الشرط محذوف يفسره **(فعلا)** وجواب الشرط محذوف يدل عليه ما قبله أي ليس على القاضي جناح، ولا حرج إن فعل كتب الحكم وتسجيله ابتداء قبل أن يطلب منه.

٩٧ـ وَسَاغَ مع سُؤَالِهِ تَسْجِيلُ ما ... لَمْ يُوَاقِعِ النِّزاعُ فِيهِ كَلِما

(وساغ مع سؤاله) يتعلق بساغ وهو مصدر مضاف للمفعول وضميره للقاضي **(تسجيل)** فاعل ساغ **(ما)** نكرة أو موصولة **(لم يوقع)** بضم الياء مع كسر القاف أو فتحها. **(النزاع)** فاعله أو نائبه **(فيه)** يتعلق بالنزاع **(كلما)** بكسر اللام وفتح الكاف جمع بمعنى كلام مفعول بقوله يوقع بكسر القاف على أنه مبني للفاعل أو بضم الكاف وتشديد اللام منصوب على الظرفية الزمانية بساغ لأن ما التي أضيفت إليه كل بمعنى الزمان وهي نكرة حذفت صفتها تقديرها يسأل منه ذلك على أن يوقع بفتح القاف مبنياً للمفعول، وعلى كل فالجملة صفة لما الأولى أو صلتها والرابط الضمير في فيه، والمعنى على الأول وساغ للقاضي مع سؤاله تسجيل شيء لم يوقع النزاع فيه كلاماً، والمعنى على الثاني وساغ له تسجيل الشيء الذي لم يوقع النزاع فيه كل زمان يسأل منه ذلك. قال الشارح: وذلك مثل رسوم الأحباس التي يهلك شهودها ويشهد على خطوطهم وغير ذلك مما ثبت عنده ولم يقع فيه خصام اهـ. فمعنى التسجيل هنا إشهاده بصحة تلك الرسوم وكتب ذلك الإشهاد فليس فيه حكم، إذ الحكم يستدعي محكوماً عليه، وإنما هو للتحصين والاستعداد بخلاف الأول فإنه إشهاد بالحكم وكتبه كما مرّ.

٩٨ـ وسائلُ التَّعْجِيزِ ممنْ قَدْ قَضَى ... يُمْضَى لَهُ في كلِّ شيءٍ بالقَضَا

(وسائل التعجيز) أي: الحكم بعدم قبول ما يأتي به من حجة زيادة على الحكم بالحق قاله اللقاني، وقيل: إن التعجيز هو نفس الحكم بالحق أو بالإبراء منه وليس هو شيئاً زائداً عليه، وإنما يكتب تأكيداً للحكم وهو مفاد التوضيح وعياض وارتضاه طفي وهو ظاهر ما للموثقين، ولا سيما المتيطي في عدة مواضع من وثيقة النكاح منها قوله: فإذا انقضت الآجال والتلوم ولم يأت المؤجل بشيء يوجب له نظر أعجزه القاضي وأنفذ القضاء عليه وسجل بذلك وقطع شغبه عن خصمه في ذلك، ثم قال: لا تسمع له بعد ذلك حجة ولا بينة كان طالباً أو مطلوباً إلا في العتق والطلاق والدم والنسب. قاله مطرف وابن القاسم وابن وهب وأشهب، واختاره ابن حبيب اهـ. ومثله لابن سهل وقد قال ابن رشد: اختلف فيمن أتى ببينة بعد الحكم عليه بالتعجيز على ثلاثة أقوال الخ. فلو كان التعجيز هو الحكم بعدم قبول الحجة ما تأتى له حكاية

فعلا) أي إن فعل كتب الحكم وتسجيله ابتداء من قبل أن يسأل منه **(وساغ)** أي جاز **(مع سؤاله)** أي القاضي والمصدر مضاف للمفعول **(تسجيل)** فاعل ساغ **(ما لم يوقع النزاع فيه كلما)** اسم جمع. أي كلام والمعنى يجوز للقاضي أن يسجل ما لم يقع فيه نزاع على وجه التحصين والاستعداد. قال الشارح: كعقود الأحباس التي يهلك شهودها ويشهد على خطوطهم ونحوها مما ثبت عنده وليس فيه خصام. **(وسائل التعجيز)** أي الحكم بعدم قبول حجة يأتي بها بعد زيادة على الحكم بالحق.

الخلاف، لأن حكم الحاكم يرفع الخلاف على أن الذي في الزرقاني أنه لا تقبل حجته بعده على المذهب، ولو لم يحكم بعدم قبول حجته وحينئذٍ فتنفيذ القضاء في النص المتقدم ليس أمراً زائداً على الحكم بالحق كما مرّ أول الكتاب، فلم يبق معنى لقولهم عجزه إلا الحكم بثبوت الحق أو نفيه، فالتعجيز في النظم على حذف مضاف أي سائل كتبه تأكيداً للحكم أو سائل إيقاعه أي التعجيز بمعنى الحكم أي سائل إيقاع الحكم، ولا يتكرر مع قوله قبل وعندما ينفذ حكم الخ لأن ذلك في سؤاله كتابة الحكم بعد إيقاعه، وهذا في سؤاله كتابة التعجيز تأكيداً للحكم المذكور، أو في سؤاله إيقاعه أي التعجيز الذي هو الحكم حيث لم يأت المؤجل بشيء. والحاصل أن المحكوم له طالباً أو مطلوباً إذا سأل (**ممن قد قضى**) له بالحق أو نفيه أن يكتب تعجيز المطلوب تأكيداً للحكم المذكور أو سأل منه إيقاع الحكم حيث لم يأت المؤجل بشيء فإنه يجاب إلى ذلك في الأول استحباباً وفي الثاني وجوباً، فقضى بمعنى المضارع على الوجه الأول أو على حذف الإرادة على الوجه الثاني، وقد: للتحقيق على كل حال، والمجرور من الموصول وصلته يتعلق بالمبتدأ الذي هو سائل وخبره قوله: (**يُمضي**) بضم الياء مبنياً للمفعول ونائبه ضمير يعود على التعجيز (**له**) يتعلق به (**في كل شيء**) ويجوز قراءته بالبناء للفاعل وفاعله ضمير يعود على التعجيز بمعنى الحكم أي سائل الحكم ممن يقضي بين الناس يوجب إليه ويمضي حكمه على المحكوم عليه في كل شيء مال أو غيره (**بالقضا**)ء فيه، وهذا على الوجه الثاني من أن المراد بالتعجيز إيقاع الحكم لا كتابته تأكيداً له، وإلاّ فيؤول يمضي بيكتب أي يجاب إليه ويكتب له في كل شيء قضى به، ولكن هذا الحمل مع قلة فائدته بعيد من لفظ يمضي ومن الاستثناء في قوله:

٩٩ـ إلاّ ادِّعـاءَ حُـبْـسٍ أو طَـلاقِ   أوْ نَـسَـبِ أوْ دَمٍ أوْ عَـتَـاقِ

(**إلا ادعاء حبس**) منصوب على الاستثناء أي سائل الحكم يوجب إليه، ويمضي ذلك الحكم في كل شيء ولا تسمع للمحكوم عليه حجة بعد ذلك إلا ادعاء حبس أو طلاق الخ، فإنه لا يجاب إليه لأنه إنما شرع لقطع النزاع والشغب وهو إن حكم في هذه الأمور، فإن الطالب على حجته فلم يكن للحكمه فائدة، وبهذا تعلم افتراق هذه المستثنيات من غيرها، فإن الطالب يحكم عليه في غيرها بعد عجزه ولا تسمع حجته بعد بخلافها فلا يحكم عليه إذ لا ثمرة له وإنما يعرض عنهما كما قالوه عند قوله: أو وجد ثانياً أو مع يمين لم يره الأول وغاية ما يقول للزوجة ونحوها بعد العجز عن الإثبات لا تسمع هذه الدعوى مجردة ويخلي بينها وبين زوجها، وهذا ليس بحكم كما إذا قال: لا أحكم بالشاهد واليمين أو لا أسمع هذه البينة ونحو ذلك كما في التبصرة وهو قول خليل: لا أجيزه أو أفتي كما مر أول الكتاب، وبه أيضاً تعلم ضعف ما مرّ عن اللقاني من أن التعجيز هو الحكم بعدم قبول الحجة لأنه حينئذٍ يصير المدار في قطع النزاع والشغب على صدور التعجيز بالمعنى المذكور، والحكم بدونه لا يقطع ذلك. وهذا بعيد لا دليل عليه عقلاً ولا نقلاً، وقول ابن فرحون تبعاً للجزيري: إن قضى القاضي على القائم بإسقاط

(**ممن قد قضى**) بالحق يجاب لذلك و(**يمضي له**) على المحكوم عليه (**في كل شيء**) مالاً وغيره (**بالقضا إلا**) في خمس مسائل (**ادعاء حبس**) عام كدار مثلاً على الفقراء وعجز عن إقامة البينة فعجزه القاضي فإذا وجدها بعد قبلت منه.

دعواه من غير صدور تعجيز ثم وجد بينة فله القيام بها الخ. مردود كما في طفي، وأيضاً هو مبني على المقابل من أن المحكوم عليه تسمع حجته المشار له بقول (خ) فإن نفاها واستحلفه فلا بينة إلا لعذر كنسيان الخ. أعني: إذا حكم عليه بإسقاط دعواه، ولم يقل في حكمه أنه لا تقبل له حجة يأتي بها ثم أتى ببينة نسبها أو لم يعلم بها فإنها لا تقبل، وهذا وان كان موافقاً لنص خليل المذكور لكنه خلاف المشهور كما ستراه فإن قال في حكمه: لا تقبل له بينة يأتي بها فلا تقبل حينئذٍ اتفاقاً لأن حكمه بعدم قبول الحجة يرفع الخلاف، وبالجملة فالمعتمد من قول ابن القاسم يوافق ابن الماجشون في عدم الحكم على الطالب في هذه المستثنيات ويختلفان في غيرها، فرأى ابن الماجشون أن كل شيء عجز الطالب عن إثباته ابتداء فلا يحكم فيه ويترك وتحقق دعواه متى أمكنه، وكل شيء أثبته وأوجب فيه عملاً على المطلوب فأثبت المطلوب ما يسقطه وينقضه فادعى الطالب حجة عجز عن إثباتها بعد ضرب الأجل له فإنه يحكم عليه وتقطع حجته. ورأى ابن القاسم أنه يحكم عليه في غير المستثنيات مطلقاً إذا سأل المطلوب ذلك والحجة له ما تقدم في رسالة القضاء لعمر رضي الله عنه من قوله: اجعل للمدعي أجلاً ينتهي إليه فإن أحضر بينة أخذت له بحقه وإلاَّ وجهت القضاء عليه الخ. وظاهر قوله: حبس سواء ادعى أن هذه الدار مثلاً حبس على الفقراء أو على معين وهو في الأول ظاهر لحق الغائب منه، وكذا في الثاني لأن الحبس حق لله لا يجوز بيعه ويدخل في الحبس الطريق العامة. (أو طلاق) ادعته المرأة وعجزت عن إثباته، فلا يجاب الزوج إلى الحكم بقطع دعواها، وأما إذا أثبتته وعجز الزوج عن الطعن فيما أتت به فإنه يحكم به عليه ولا تسمع حجته بعد، وكذا يقال في باقي المستثنيات فلا يعجز مدعي إثباتها ويعجز مدعي نفيها ما عدا الدم لخطره كما ستراه. (أو نسب) ادعى شخص أنه من ذرية فلان وعجز عن إثباته فلا يجاب من هو من ذريته إلى الحكم بقطع دعواه (أو دم) ادعاه شخص على آخر غيلة أو حرابة فعجز الولي عن إثبات ذلك فلا يجاب القاتل إلى الحكم بقطع دعوى الولي هذا هو المراد بالدم لأن ضابط المسائل الخمس كل حق ليس لمدعيه إسقاطه بعد ثبوته، وليس المراد ادعاءه أنه قتل وليه عمداً في غير الغيلة والحرابة وعجز عن إثباته، فإن هذا يحكم عليه ولا تقبل حجته بعد لعدم دخوله في الضابط المذكور ولا ادعاء العفو أو التجريح فعجز عن إثباتهما فحكم بقتله فوجد البينة بهما قبل أن يُقتل، فإن هذا يقبل منه ما أتى به من العفو والتجريح لخطر الدماء فقط، ولو كان مالاً لم يقبل منه ولكن لا يقرر به كلام الناظم لأن الكلام في الحكم على الطالب كما مرّ، وهذا مطلوب. وأيضاً فإن هذا من دعوى العفو في الحدود فلا يختص بالقتل بل القذف كذلك والتجريح في السرقة بالنسبة للقطع كذلك، ولو أرادوه لقالوا أو عفوا الخ. وأيضاً لو كان المراد بالكلية ما يشمل الطالب والمطلوب لورد عليه

(أو طلاق) ادعته المرأة وعجزت عن إقامة البينة فحكم عليها ببقائها تحت زوجها ثم جاءت بالبينة فيسمع منها (أو نسب) ادعاه أنه من ذرية فلان وأن له بينة وعجز عنها فيعجز، ثم أتى بها فلا يمضي عليه التعجيز وتسمع منه (أو دم) ثابت عمداً ادعى القاتل عفو الولي عنه وعجز عن إثبات ذلك وحكم عليه بالقتل فوجد البينة قبل أن يقتل فلا يقتل. هذا هو المراد بمسألة الدم لا ادعاء أنه قتل وليه وعجز عن الإثبات، فإن تعجيز هذا ماض خلافاً للزرقاني لأن ضابط المسائل الخمس كما

الغائب واليتيم إذ لكل منهما الإسقاط بعد القدوم والرشد مع أنه يحكم عليهما وينزع الشيء من يدهما وهما على حجتهما والله أعلم. (**أو عتاق**) ادعاه العبد على سيده وعجز عن إثباته فإنه لا يعمل بدعواه ويخلى بينه وبين سيده وتسمع حجته إن وجدها وعتاق بفتح العين مصدر عتق كما في القاموس.

١٠٠ـ ثُمَّ عَلَى ذا القولِ ليسَ يُلْتَفَتْ لِمَا يُقَالُ بَعْدَ تَعْجِيزٍ ثَبَتْ

(**ثم**) عاطفة جملة على جملة (**على ذا القول**) يتعلق بقوله: (**ليس**) واسمها ضمير الشأن وجملة (**يلتفت**) بالبناء للمفعول خبرها (**لما يقال**) يتعلق به وكذا (**بعد تعجيز**) وجملة (**ثبت**) صفة تعجيز أي ثم إذا أجيب سائل التعجيز أي الحكم لما سأله على هذا القول المذكور من إيجابه إليه وإمضائه عليه في كل شيء إلا ما استثني لا يلتفت لما يأتي به بعد من حجة طالباً أو مطلوباً وإلاَّ لم تكن فائدة لضرب الآجال ولا تنقطع حجة أحد أبداً وظاهره أقر بالعجز أم لا كان هناك عذر من نسيان ونحوه أم لا. كانت الحجة التي أتى بها في غير المستثنيات تجريحاً أو غيره، وهو كذلك في الجميع على الراجح المعمول به قال في الشامل: ثم لا حجة للمحكوم عليه بعده، وكذا إن أقر بالعجز على المشهور. وثالثها: إلاَّ لوجه. ورابعها: تقبل عند من حكم عليه فقط وقيل تقبل من الطالب وحده، وقيل إن لم يدخل خصمه في عمل اهـ فعلم منه بحسب ظاهره أنه إذا حكم عليه وهو يدعي الحجة لا تقبل حجته بعد اتفاقاً وإن محل الخلاف إذا أقر بالعجز وهو كذلك وبالمشهور قال أشهب ومطرف: وفي كتاب ابن دبوس: إذا فصل الحاكم بين الخصمين لم ينظر له في بينة بعد ذلك ولم يعذر في غيبتها أو جهلها أو جهل من يجرح من شهد عليه، ونفذ الحكم عليه على ما عليه حكام أهل المدينة. قال أصبغ: وبه قال ابن القاسم وأصحابنا اهـ. وفي ابن سهل: إنه الذي جرى به العمل، وكذا في الجزيري وابن رحال في حاشيته هنا، وفي التبصرة إذا قال المحكوم عليه بعد الحكم كنت أغفلت حجة كذا لم يقبل منه ذلك اهـ بخ.

قلت: وبهذا تعلم أن قول (خ) فإن نفاها واستحلفه فلا بينة إلا لعذر كنسيان الخ. وكذا قوله: أو ظهر أنه قضى بفاسقين الخ كلاهما مقابل، ويدخل في الفسق العداوة والقرابة وسائر

عنده وعند غيره كل حق ليس لمدعيه إسقاطه بعد ثبوته (**أو عتاق**) ادعاه العبد على سيده وعجز عن إثباته فحكم عليه بالرق ثم وجد البينة (**ثم على**) هـ(**ـذا القول**) وأن التعجيز يمضي على المحكوم عليه في كل شيء سوى المستثنيات (**ليس يلتفت. لما يقال**) أي لما يأتي به من الحجج والبينات (**بعد تعجيز ثبت**) قال ابن سهل: وإذا انقضت الآجال والتلوم ولم يأت المؤجل له بشيء يوجب نظراً عجزه القاضي وأنفذ القضاء عليه وسجل وقطع بذلك شغبه عن خصمه في ذلك المطلوب ثم لا تسمع له بعد ذلك حجة أتى بها طالباً كان أو مطلوباً، ثم ذكر المستثنيات، والعادة أن يضمن التعجيز في عقد السجلات ولا يفرد بعقد، وأفهم قوله على ذا القول أن هناك من يقول: إن التعجيز لا يمضي ويسمع منه ما يأتي به من حجة بعده في كل شيء وهو كذلك، وثالثها تسمع من الطالب دون المطلوب، وهذا كله إذا عجزه القاضي بإقراره على نفسه بالعجز، وظاهر المدونة القبول فإن عجزه مدعي حجة لم يقبل منه ما أتى به قطعاً. وقيل: التعجيز هو الحكم بعد تبين اللدد، وقيل: هو الحكم وكلاهما لا يناسب كلام الناظم والله أعلم وأحكم.

القواد (ح) كما لابن رحال في شرحه. وفي التبصرة أن المازري صوب عدم النقض، وممن صرح بالمقابلة بين المحلين ابن سهل في أحكامه ونقله المتيطي في أول نهايته قال بعد أن ذكر عن سحنون أنه ما ضربت له الآجال ووسع عليه إلا لتقطع حجته وأنه لا يقول في ذلك بقول ابن القاسم بن سهل يريد: الذي روى عنه في موضعين قوله في أقضية المدونة إن أتى بماله وجه قبل منه مثل أن يأتي بشاهد عند من لا يرى الشاهد واليمين، فوجد بعد الحكم عليه شاهداً آخر، وفي السرقة منها مثل أن يظفر ببينة لم يعلمها، وفي كتاب التبصرة: إن وجد من يجرح من حكم عليه بهم فإنه يسمع منه ذلك عند ذلك الحاكم وعند غيره ثم قال: وفي سماع أصبغ عنه فيمن ادعى نكاح امرأة وادعى بينة بعيدة وأنكرته لم تؤمر بانتظاره إلا أن تكون البينة قريبة لا يضر ذلك بالمرأة فإن عجزه الحاكم ثم جاء ببينة فقد مضى الحكم أنكحت أم لا؟ قال: وهذه الرواية نحو روايته عنه في كتاب ابن حبيب خلاف المدونة وفي سماع يحيى لأنه لم يسمع منه بعد التعجيز اهـ. وهذه الرواية هي قول خليل في التنازع، وأمرت بانتظاره لبينة قريبة ثم لم تسمع بينته إن عجزه قاض مدعي حجة الخ لكن ما في المدونة من قبول حجته بعد الحكم إن أتى بماله وجه الخ. طالباً كان أو مطلوباً صرح في معاوضات المعيار في جواب لمؤلفه بأنه المشهور في المذهب قال: وسواء كان الحكم بعد العجز أو التعجيز على طريق أكثر المشايخ خلافاً لابن رشد وصاحب المعين اهـ. وفي الوثائق المجموعة أنه الذي به العمل فقوله: خلافاً لابن رشد يريد لأنه جعل الحكم مع التعجيز أن بين اللدد قاطعاً لكل حجة يأتي بها علمها أم لا، وقصر الخلاف على ما إذا أقر بالعجز، وقد علمت منه أن أكثر المشايخ على خلاف قوله فتأمله مع ما درج عليه الناظم، وفي الحطاب عند قوله: وتؤولت على الكمال في الأخير الخ، من النقول ما يشهد لما شهره في المعيار فانظره، لكن الأول أقوى لأنه الذي به العمل.

تنبيهان الأول: إذا قال المدعي في غير المستثنيات بينتي غائبة فإن كانت قريبة الغيبة أنظر بقدر ذلك، وإن كانت بعيدة قضى عليه وهو على حجته إذا قدمت فإن سأل من القاضي أن يحلفه له ويبقي على حجته أجيب إن حلف أنها بموضع بعيد وسماها وإلاَّ فليس له تحليف المطلوب مع بقائه على حجته كما في اللامية. ابن عرفة: ولا بد أن يعين الموضع خوف أن يعتقد بعد ما ليس ببعيد والخوف مع القرب كالبعد.

الثاني: لم تجر العادة عند الموثقين بإفراد عقد التعجيز أي الحكم، وإنما يضمنونه عقد التسجيلات أي الآجال ورسوم الحق التي أشهد على نفسه بقبولها وعدالة شهودها، وكيفية ذلك أن تقول: لما انصرمت الآجال والتلومات الثابتة أعلاه أو حوله، ولم يأت المتأجل بشيء يوجب له نظراً سأل القائم بالحق أو المطلوب به أعلاه أو حوله ممن يجب سدده الله وهو إعمال الواجب في ذلك وأن يحكم له بما ثبت له على المتأجل المذكور أو يقطع دعواه عنه، فاقتضى نظره السديد أن حكم على المتأجل المذكور بكذا بعد أن أعذر له بأبقيت لك حجة فادعاها أو نفاها حكماً لازماً أنفذه وأمضاه وأوجب العمل بمقتضاه شهد على إشهاد من ذكر إلى آخر ما تقدم في فصل الإعذار فإن سأل كتابة التعجيز تأكيداً للحكم المذكور على حسب ما مر زاد بعد قوله أنفذه وعجزه، وأوجب العمل الخ. وقولنا: بعد أن أعذر الخ. لا بد منه كما مر في أول

فصل الإعذار وصفة الوثيقة ظاهر مما مر آنفاً والله أعلم فإن ذهبت إلى كتبه مفرداً فانظر كيفية ذلك في التبصرة.

باب الشهود

جمع شاهد (**وأنواع الشهادات**) الخمس (**وما يتعلق بذلك**) من التوقيف وتعارض البينات. والفرق بين الرواية والشهادة مع أن كلاً منهما خبر هو أن الخبر إن تعلق بجزئي وقصد به ترتيب فصل القضاء عليه كقولك: لفلان على فلان كذا فهو الشهادة، وإن تعلق بأمر عام لا يختص بمعين كالأعمال بالنيات والشفعة فيما لا ينقسم أو تعلق بجزئي، لكن من غير قصد ترتيب فصل القضاء عليه كحديث: يخرب الكعبة ذو السويقتين من الحبشة ونحوهما مما يقصد به تعريف دليل الحكم الشرعي لا ترتيب فصل القضاء، فهو الرواية، ولذا قال في جمع الجوامع الإخبار عن عام لا ترفع فيه الرواية وخلافه الشهادة اهـ.

١٠١ـ **وَشَاهِدٌ صِفَتُهُ الـمَرْعِيَّهْ عَدَالَةٌ تَيَقُّظٌ حُرِّيَّهْ**

(**وشاهد**) مبتدأ سوغ الابتداء به قصد الجنس أو كونه صفة لمحذوف (**صفته**) مبتدأ ثان (**المرعية**) نعت له أي المعتبرة فيه (**عدالة**) وما عطف عليه بحذف العاطف خبر عن الثاني، والجملة خبر الأول ولا يخفى أنها تتضمن الإسلام والعقل والبلوغ إذ كل عدل مطلقاً كان عدل رواية أو شهادة لا بد فيه منها وقت الأداء والإخبار. (**تيقظ**) أي فطنة بحيث لا تتمشى عليه الحيل فهو أخص من العقل، إذ لا يلزم من وجود العقل وجود التيقظ كما أنه لا يلزم من وجود التيقظ وجود البلوغ فلا يتكرر مع ما قبله وخرج به المغفل إذا شهد فيما يلتبس لا إن شهد في غيره كقوله: رأيت هذا يقطع يد هذا فتقبل فمفهوم هذا القيد فيه تفصيل، فلا يعترض به. والمغفل من لا يستعمل قوة التنبه مع وجودها فيه، وأما البليد فهو خال منها فلا تجوز شهادته مطلقاً وخرج به أيضاً السفيه كان مولى عليه أم لا على ما به العمل من أنه يحجر عليه لأن من استحق التحجير لعدم حفظه ماله وعدم حسنه النظر فيه لخداعه في البيع ونحوه لا تيقظ له كما خرج بما قبله الصبي والمجنون والكافر، فلا تجوز شهادتهم ولو على مثلهم إلا الصبي على

باب الشهود

جمع شاهد (**وأنواع الشهادات**) الخمس (**وما يتعلق بذلك**) من تعارض البينات الشاهدة. قال الجوهري: خبر قاطع. وعرفاً قال ابن عبد السلام: معروفة فلا تحتاج لتفسير وبحث معه. ابن عرفة بقول القرافي: أقمت ثمان سنين أطلب الفرق بين الرواية والشهادة إلى أن ظفرت بقول المازري في شرح البرهان هما خبران غير أن المخبر عنه إن كان أمراً عاماً لا يختص بمعين كالأعمال بالنيات والشفعة فيما لا ينقسم فهو الرواية، وإن كان خاصاً أي متعلقاً بخاص كقولك لفلان على هذا كذا فهو الشهادة. وبحث معه انظر طالع ألا يأتي. (**وشاهد**) مبتدأ (**صفته المرعية**) فيه (**عدالة**) ويأتي تفسيرها (**تيقظ**) أي فطنة أو كونه ليس بمغفل بحيث لا تتمشى عليه الحيل، وهو أخص من التكليف المتضمن للعقل والبلوغ لأن غير العاقل البالغ لا يوصف بالفطنة فاستغنى به عن

مثله في الجراح كما يأتي (**حرية**) ولو عتيقاً بعضه لأن المناصب الدينية من القضاء والشهادة فيها إلزام والنفوس تأبى أن يلزمها من دونها ممن فيه شائبة رق لأنه أثر كفر، ولهذا جازت روايته لأنه لا إلزام فيها لمعين كما مرّ وأسقط قيد الذكورية لتدخل الأنثى فقوله: وشاهد أي وشخص شاهد، فالناظم قصد بيان شروط الشاهد من حيث هو، وإن كانت شهادة النساء إنما تجوز في البعض دون البعض فغير المبرز، كذلك تجوز شهادته في البعض دون البعض فلو كان مقصوده من تجوز شهادته في كل شيء لخرجا معاً. ولا يقال كان القياس إدخال شهادة الصبيان لأنها تجوز في البعض أيضاً. لأنا نقول جوازها على خلاف الأصل كما يأتي. ولما كانت القيود المذكورة لا تكفي في جواز شهادة الشاهد، بل لا بد من قيدين آخرين نبه على أولهما بقوله:

١٠٢ـ والعَدْلُ مَنْ يَجْتَنِبُ الكَبَائِرا وَيَتَّقِي في الغَالِبِ الصَّغَائِرا

(**و**) الشاهد (**العدل**) الذي يستحق أن يسمى عدلاً وأن تجوز شهادته شرعاً هو (**من**) وجدت فيه القيود المتقدمة و(**يجتنب**) معها الذنوب (**الكبائرا**) دائماً وهي ما توعد عليه من حقد وحسد ورياء وسمعة وسرقة وفاسقي الاعتقاد كالقدري والخارجي ونحو ذلك. وكذا صغائر الخسة كسرقة لقمة وتطفيف حبة، وإن لم تكن كبيرة، والمراد بالاجتناب أن لا تصدر منه رأساً أو عرفت توبته منها، فالعدل مبتدأ حذفت صفته كما قررنا خبره ما بعده من الموصول وصلته (**ويتقي**) معطوف على الصلة (**في الغالب**) يتعلق به (**الصغائرا**) الغير الخسة كالنظرة للأجنبية والكذبة الواحدة في السنة لا الصغائر من حيث هي لما مرّ من أن صغيرة الخسة لحقت بالكبائر في دوام الاجتناب لا في الغالب فقط، فكلامه مساوٍ لقول الشيخ خليل: العدل حر مسلم عاقل بالغ بلا فسق وحجر لم يباشر كبيرة أو صغيرة خسة الخ. لأن مفهوم قوله: أو صغيرة خسة أن غير الخسة فيه تفصيل بين الإدمان عليه فيقدح وعدمه فلا يقدح كما في النظم لأن النادر لا يسلم منه إلا من عصمه الله، وقد قال مالك: من الرجال رجال لا تذكر عيوبهم. ابن يونس: إذا كان عيبه خفيفاً والأمر كله حسن فلا يذكر اليسير الذي لا عصمة منه لأحد من أهل الصلاح وعلى ثانيهما بقوله:

اشتراطهما، وهذا بالنسبة للعقل ظاهر، وأما بالنسبة للبلوغ فلعله باعتبار الأغلب وإلا فقد يكون الصبي فطناً (**حرية**) لأن الرق أثر كفر، ولأن المناصب الدينية من الشهاد والقضاء لا تليق بالرق لأن فيها إلزاماً والنفوس تأبى أن يلزمها من دونها. فلو ذات سوار لطمتني. ولم يشترط الناظم الذكورية اكتفاء بذكر شاهد بصيغة التذكير ولأنها غير شرط، بل في أحكام خاصة كما يستبين. ويبقي عليه اشتراط عدم الحجر، ويمكن أن يكون مشى على أنه لا يشترط وهو خلاف المشهور (**خ**): بلا فسق وحجر وبدعة المتيطي: مذهب ابن القاسم أن المولى عليه لا تجوز شهادته، وبهذا العمل في المدونة أن شهادة السفيه وإن كان عدلاً لا تجوز كان مولى عليه أو لا. ولما ذكر العدالة من صفات الشاهد أشار إلى بيانها بقوله: (**والعدل من يجتنب**) الذنوب (**الكبائرا**) دائماً كالشرب والسرقة ونحوهما وصغائر الخسة. كسرقة لقمة وتطفيف تمرة (**ويتقي في الغالب**) من أحواله (**الصغائرا**) لأن النادر لا يعتد به ولا يسلم منه إلا من عصمه الله، وقد قال مالك: من الرجال رجال لا تذكر عيوبهم. ابن يونس:

١٠٣ـ وما أبيحَ وهو في العِيان يَقْدَحُ في مُروءَةِ الإنسان

(وما) موصول معطوف على الصغائر بقيد الغلبة كما هو ظاهر. أي: ويتقي في الغالب ما **(أبيح)** شرعاً من قول أو فعل **(وهو)** مبتدأ والواو للحال **(في العيان)** يتعلق بمحذوف حال أي: وهو حال وجوده في العيان بناء على مجيء الحال من المبتدأ أو يتعلق بالخبر الذي هو قوله: **(يقدح في مروءة الإنسان)** كالإدمان على لعب الحمام ولو بغير قمار، والشطرنج وكحرف المهنة من دباغة وحجامة وحياكة اختياراً في بلد يزري به التحرف بذلك وليس هو من أهله، أما إن كان لا يزري به في ذلك البلد أو كان من أهله أو اضطر له فلا. وكالتصريح بأقوال لم ينطق الشرع بها إلا بالكناية ونحو ذلك (خ) ومروءة بترك غير لائق من حمام وسماع غناء ودباغة وحياكة اختياراً الخ. وبالجملة؛ فالمروءة هي المحافظة على فعل مباح يوجب تركه الذم عرفاً كترك الانتعال للمليء في بلد يزري بمثله ذلك وعلى ترك مباح يوجب فعله الذم عرفاً كالأكل في السوق لغير السوقي وفي حانوت الطباخ لغير الغريب، وقولنا بقيد الغلبة إشارة إلى أن النادر من المباح القادح لا يضر لأنه إذا كانت صغيرة غير الخسة إنما يطلب اتقاؤها في الغالب فأحرى المباح القادح في المروءة، وبما قررنا به هذه الأبيات يندفع ما أوردوه ولا يفوته شيء مما شرطوه. ولما كان الاجتناب والاتقاء المذكوران في طوق الشاهد واختياره دون غيرهما وآفات العدالة إنما تأتي في الغالب من ناحيتهما عبر بعضهم كابن رشد عن حدها بأنها اجتناب الكبائر واتقاء الصغائر وحفظ المروءة إشارة إلى أن على ذلك مدار العدالة وروحها، فتبعه الناظم فأعاد لفظ العدل في البيت قبله إشارة إلى ذلك، وإلا فهو في غنى عنه بأن يقول مثلاً مع كونه يجتنب الخ. ولا يصح جعل البيتين وحدهما تفسيراً للعدالة المتقدمة كما قيل: لما علمت من عدم شمولهما لكل قيودها.

ثم اعلم أن هذه الشروط إنما تشترط في حال الأداء فقط لا التحمل إلا العقل، فإنه يشترط فيهما وسيأتي قول الناظم: وزمن الأداء لا التحمل. الخ. قيل: وهذا التفصيل إنما هو فيما عدا شهود الخط والنكاح، وأما هما فلا بد من الشروط كلها في التحمل والأداء اهـ.

قلت: إن كان مراده بالنكاح أن الزوج لا يعتمد في دخوله بزوجته على شهادة الصبي ومن في معناه ممن لم تتوفر فيه الشروط وإن فعل فيصدق عليه أنه دخل بلا إشهاد فيحد ويفسخ

إذا كان عيبه خفيفاً والأمر كله حسن فلا يذكر اليسير، والمراد بالصغائر في كلام الناظم صغائر غير الخسة كالنظرة لأجنبية بخلاف كلام (خ) فإنه قيد بصغائر الخسة لأن الشرط عنده عدم مباشرتها بالكلية فافهم. (و) يتقي **(ما أبيح)** من الأقوال والأفعال في حكم الشرع **(وهو في العيان. يقدح في مروءة الإنسان)** كالأكل في السوق والمشي حافياً في بلد لا يعتادون ذلك (خ) ذو مروءة بترك غير لائق من حمام وسماع غناء ودباغة وحياكة اختياراً. ابن عرفة: المروءة هي المحافظة على فعل ما تركه مباح يوجب الذم عرفاً كترك المليء الانتعال في بلد يستقبح فيه مشي مثله حافياً وعلى ترك ما فعله مباح يوجب ذمه عرفاً كالأكل في السوق أو في حانوت الطباخ لغير الغريب، ثم ذكر ما يجرح به الشاهد وأنه قسمان مبرز وغيره.

ولو أداها حينئذٍ بعد زوال المانع فواضح، وإن كان المراد أن العقد لا يثبت بشهادة من تحمله حال المانع ولو أداها بعد زواله وقبل الدخول أو بعده أو بعد الموت فهو يحتاج إلى نص يساعده، وأما الخط فإن كان المراد أن من عرف خط شخص حال المانع بالممارسة والتكرر لا يرفع على عينه بعد زوال المانع ولو مبرزاً ففيه نظر، وإن كان المراد لا يرفع عليه في غيبته اعتماداً على ما عرفه منه حال المانع، فهذا لا يختص به من تلبس بالمانع حال التحمل بل غيره كذلك إذ معاينة الرسوم لا تفيد خلافاً لأبي الحسن كما يأتي، والله أعلم.

تنبيه: ظاهر النظم كغيره أن الفاقد لواحد من الشروط المذكورة لا تقبل شهادته ولو في بلد لا عدول فيه، وسواء شهد على معروف بالسرقة والعداء أم لا، وهو كذلك على المشهور ومذهب الجمهور، قال ابن العربي في أحكامه: إذا كانت قرية ليس فيها عدول وبعدوا عن العدول فالذي عليه الجمهور أن لا تجوز شهادتهم لبعضهم بعضاً، لكن نقل في الذخيرة عن النوادر أنا إذا لم نجد في جهة إلا غير العدول أقمنا أصلحهم وأقلهم فجوراً للشهادة ويلزم ذلك في القضاء وغيره لئلا تضيع المصالح، وما أظن أحداً يخالف في هذا لأن التكليف شرطه الإمكان اهـ. وبه عمل المتأخرون حسبما في ابن سلمون والمعيار ونحوهما، وفي المازونية أنه تجوز على السارق شهادة من لقيه من النساء والصبيان والرعاة إذا عرفوه وقالوا فلان رأيناه سرق كذا أو غصبه ونحو ذلك قال: وقد سئل مالك عن مثل هذا الأمر في لصوص الحجاز والبرابر فقال: تجوز عليهم شهادة من لقيهم من النساء. قيل له: إنهم غير عدول. قال: وأين يوجد العدول في مواضع السارق واللص وإنما يتبعان الخلوات اهـ. وهذا من باب قولهم إن المعروف بالظلم والتعدي يغلب الحكم في حقه لأن شهادة غير العدل كالعدم، وإلى مثل هذا أشار في العمليات بقوله:

لوالد القتيل مع يمين   القول في الدعوى بلا تبيين

وهو وإن كان خلاف الأصول لقوله عليه السلام: «البينة على المدعي» ولقول عمر رضي الله عنه: والله لا يوسر أحد في الإسلام بغير العدول الخ. لكن عملهم عليه كما يأتي في باب الغصب اهـ. فإن أقر الخصم بالعدالة فلا تشترط حينئذ كما مرّ عند قوله: وفي الشهود يحكم القاضي بما الخ. ثم أشار إلى ما يجرح به الشاهد العدل وأنه قسمان مبرز وغيره فقال:

١٠٤ـ فَالْعَدْلُ ذو التَّبْرِيزِ لَيْسَ يَقْدَحُ   فِيهِ سِوى عَدَاوَةٍ تُسْتَوْضَحُ

(فالعدل) مبتدأ **(ذو التبريز)** نعت له أي المبرز بكسر الراء المشددة من برز بالتشديد والفتح

(فالعدل ذو التبريز) أي المبرز بكسر الراء وهو الفائق في العدالة من برز إذا فاق أصحابه فضلاً. وقال عياض: من تبريز الخيل وهو تقدم مساحبها قال في المعيار: والعامة وبعض الطلبة يعتقدون أن المبرز هو من برز لتحمل الشهادة وبيعها في الأسواق بإذن قاض أو أمير وليس كذلك، وإنما المبرز الفائق في العدالة. وكان بعض الشيوخ يمثله بأبي محمد صالح ونظرائه، وما أقل هذا الوصف في هذا الزمان المسكين. وقال غيره: هو في زماننا معدوم كبيض الأنوق يعني الرخمة وهو طائر يحرز بيضه في رؤوس الجبال فلا يكاد يظفر به. وقال القرافي: هو المنقطع في الخير والصلاح

أي فاق أصحابه فضلاً وعدالة متقدماً في ذلك عليهم، وأصله من تبريز الخيل في السبق وتقدم سابقها، وليس هو من تصدى لتحمل الشهادة وبيعها في الأسواق بإذن قاض أو أمير كما يعتقده العامة بل هو الفائق في الفضل كما مرّ، وأين هو اليوم؟ وكان بعض الشيوخ يمثله بأبي محمد صالح ونظائره، وقيل هو معدوم في زماننا كبيض الأنوق أي الرخمة قال في المعيار: أما عدم هذا الوصف الذي هو التبريز في العدالة وعزته في المنتصبين للشهادة ممن أدركنا من عدول المغرب الأوسط والأقصى فغير بعيد، وأما عدمه وعزته مطلقاً في المنتصبين وغيرهم فغير مسلم، وقد شاهدنا منهم والحمد لله العدد الكثير اهـ. **(ليس يقدح)** خبر ليس واسمها ضمير الشأن **(فيه)** يتعلق بيقدح **(سوى عداوة)** فاعل يقدح أو اسم ليس على أنه من باب التنازع بين مشتق وجامد عند من أجازه **(تستوضح)** مبني للمفعول صفة لعداوة، والجملة من ليس وما بعدها خبر المبتدأ. وقوله: عداوة أي دنيوية بينه وبين المشهود عليه أو ابنه أو أبيه ونحوهما من الأصول والفروع وإن علوا أو سفلوا، لأن العداوة تورث، وأما على الحواشي فقولان بالجواز والمنع لا إن تمحضت الدينية فقط فلا أثر لها لجواز شهادة المسلم على الكافر، وفي معنى العداوة القرابة بدليل قوله فيما يأتي: والأب لابنه وعكسه منع الخ. فحذف القرابة هنا اتكالاً على ما يأتي، ومفهوم عداوة أنه لا يقدح فيه بغيرها وعليه اقتصر ابن سلمون و(خ) في باب القضاء حيث قال: والمبرز بغير عداوة وقرابة الخ. والمشهور وهو اختيار اللخمي أنه يقدح فيه بغيرهما مما يقدح به في المتوسط (خ) في الشهادات، وقدح في المتوسط بكل وفي المبرز بعداوة وقرابة وإن بدونه كغيرهما على المختار، وهذا في غير الملاطفة، وأما هي فلا يقدح بها في المبرز، واحترز بقوله: تستوضح من العداوة الخفية التي لا تورث شحناء كالمخاصمة في ثمن الثوب ونحوه فإنها لا تقدح كما في ابن سلمون وابن عرفة وكيفية وثيقة العداوة يعرف الواضع شكله وأثره فلاناً وفلاناً معرفة تامة بعينهما واسمهما، ومعها يشهد بأن بينهما عداوة قديمة وشحناء ومقاطعة على أسباب الدنيا وحطامها منذ كذا قبل تاريخ الشهادة بالحق أعلاه أو حوله ولا يعلمهما اصطلحا ورجعا عن ذلك حتى الآن أو حتى ماتا أو أحدهما، وقيد بذلك شهادته في كذا فقولنا: وشحناء ومقاطعة تأكيد وتفسير للعداوة، ولو اقتصر على أحد هذه الألفاظ لكفاه لأن مجرد الهجران وقطع الكلام يرد الشهادة إذا زاد على ثلاثة أيام. انظر شرحنا على الشامل، وقولنا على أسباب الدنيا أي كالمنازعة في مال أو جاه وفي معناهما ففي المعيار إن كان بين الشاهد والمشهود عليه مقاسمة المغارم والكلف التي تلزم الرعية من السلاطين والمدافعة عليه وبينهما التشكي للعمال والقضاة على ذلك لم تجز شهادته عليه، وفي الطرر عن الاستغناء في أهل مسجد قاموا في حبسه أو في حقه على رجل شهدوا فيه فأنكرهم لم تجز شهادتهم لأنهم خصماؤه، فإن قام عليه منهم طائفة وشهد غيرهم جازت لأنهم غير خصماء اهـ. ومنه شهادة المشهود عليه على الشاهد ولو بعد شهرين من شهادة الشاهد كما في الشامل، فإن كانت العداوة غضباً لله تعالى لكون المغضوب عليه كافراً أو فاسقاً فلا تمنع القبول لأن ذلك يدل على قوة الإيمان قاله ابن شاس، وقولنا: منذ

وأين هو اليوم إنما هو في وقتنا كالغراب الأعصم وهو الذي في جناحه ريشة بيضاء **(ليس يقدح فيه سوى عداوة)** دنيوية **(تستوضح)** بينه وبين المشهود عليه يعني أو قرابة بينه وبين المشهود له.

كذا الخ بيان لعدم العداوة وإنما قبل الأداء احترازاً من العداوة الحادثة بعده فلا تضر، وقول (خ) ولا إن حدث فسق بعد الأداء مقيد بغير العداوة كما تقدم عند قول الناظم: وحقه إنهاء ما في علمه. الخ، فإن حدثت العداوة بعد التحمل وقبل الأداء بطلت الشهادة، ولذا كان يجب تاريخ الخطاب بالأداء كما مرّ في فصله وفي التبصرة وابن شاس اختلف فيمن كانت عنده شهادة، وكان يذكرها ثم عاداه المشهود عليه فاحتاج إلى القيام بها قال اللخمي: قبولها هنا أحق إن كانت قد قيدت اهـ. وفي المعيار من حكم عليه القاضي فبادر لمخاصمته لا يرفع الحكم عنه، وكذا من شكا بالقاضي للسلطان فعدل بينة تشهد عليه لا يرد تعديله اهـ. وإذا شهد عدوك لك وعليك فإن شهد بذلك في مجلس واحد سقطت لأنه يتهم في جواز شهادته عليه بشهادته له، وإن شهد عليك في وقت ثم شهد لك في وقت آخر جازت فيما لك لا فيما عليك. وقولنا: ولا يعلمهما اصطلحا احترازاً مما إذا زالت العداوة بالصلح والرجوع لما كانا عليه قبل العداوة وطال ذلك طولاً يدل على براءتهما منها لأنه يتهم إذا شهد بقرب صلحه أنه إنما صالحه ليشهد عليه، وفي المسائل الملقوطة في قوم بينهم فتنة أو بين آبائهم وأجدادهم ثم اصطلحوا فلا يشهد بعضهم على بعض حتى ينقضي قرن الذين شهدوا الفتنة اهـ. نقله الحطاب، ولعل ما في المسائل الملقوطة لا يخالف ما قبله لأن العداوة بين الجماعة والقوم أشد إذ الفتنة ربما أفضت للقتل فإن سقط هذا الفصل من أصله فالأصل الاستصحاب لأن المانع قد ثبت واحتمال ارتفاعه لا يؤثر لأنه شك في ارتفاع المانع لا في نفس المانع قاله بعض.

تنبيه: فإن اعترف المشهود عليه أنه لا معرفة له بالشاهد، ثم قام يجرحه بالعداوة لم يقبل منه وله أن يجرحه بغيرها قاله في اختصار المتيطية ونقله ابن سلمون.

١٠٥ـ وَغَيْرُ ذي التَّبْريزِ قَدْ يُجَرَّحُ ... بِغَيْرِهَا مِنْ كُلِّ ما يُسْتَقْبَحُ

(**وغير ذي التبريز**) مبتدأ خبره (**قد يجرح**) و(**بغيرها**) يتعلق به وكذا قوله (**من كل ما**) مصدرية أو نكرة موصوفة (**يستقبح**) وهو تفسير لغير والضمير المضاف إليه غير العداوة أي يجرح بكل مستقبح شرعاً غير العداوة وأحرى بها، وظاهره سواء بين المجرح السبب أم لا وكيفيته يعرف الواضع شكله فلاناً بعينه واسمه ومعها يشهد بأنه ممن لا تقبل شهادته لقبح مذهبه وسوء صنعه ولا يعلمونه رجع عن ذلك إلى الآن وبذلك قيد شهادته الخ. وهذا على أن شهادة التجريح تقبل مجملة من أهل العلم وعليه غير واحد من الشيوخ، والصواب كما في المتيطية أن لا تقبل مجملة كان الشاهد من أهل العلم أم لا، قال لوجهين، أحدهما: إن كثيراً من الجرح يختلف العلماء فيه فبعضهم يراه جرحاً وبعضهم لا يراه. الثاني: إنه يتعلق به حقان حق الشاهد لانتهاك حرمته وحق المشهود له في إسقاط حقه فكان من حقهما بيان ما يقع به التجريح إذ قد

(**وغير ذي التبريز قد**) للتحقيق (**يجرح. بغيرها**) أي العداوة (**من كل ما يستقبح**) كشرب أو غصب أو سرقة أو ترك صلاة في وقتها، ثم الناس مع جهل حالهم محمولون على غير العدالة خلافاً لأبي حنيفة رضي الله عنه إلا طلبة العلم فعلى العدالة كما في ابن هلال. ثم أشار الناظم إلى أن غير المعروف بالعدالة على أربعة أقسام فقال:

يكون شاهد التجريح سمع منه كلمة أو رأى منه فعلاً له فيه تأويل لا تسقط الشهادة معه اهـ. وهو ظاهر قول خليل، وإن لم يعرف الاسم ولا اللقب بخلاف الجرح أي التجريح فلا بدّ فيه من بيان السبب لغلط كثير منهم فيه كالذي فسره بالبول قائماً وبعدم ترجيح الميزان وعليه فتقول بعد قولك: ممن لا تقبل شهادته الخ، بأنه يعمل بالربا أو يخرج الصلاة عن وقتها أو أقر بوطء جارية اشتراها قبل استبرائها أو ممن يجهل أحكام قصر الصلاة والزكاة وهو من أهل السفر والمال، أو ممن يشرب الخمر أو يبيع العنب لمن يعصرها خمراً أو يكثر سماع الغناء أو يكذب أو يضرب الخط أو يشتغل بالسحر والكهانة أو يترك زوجته تخرج بادية الأطراف من غير عذر له أو يحضر محافل الفساق أو يختلي بالنساء والأطفال أو يتولى أخذ المظالم والمغارم والمكوس من الرعية ويقسطها عليهم أو يعامل أهل الغصوب أو يشهد بالزور أو يتعرض لأخذ الزكوات كما في المعيار أو يشتغل بالغيبة والنميمة أو يلقن الفجور للخصوم أو يحلف بالطلاق والعتاق، أو يدوام الأكل عند العمال، أو يقبل جوائزهم، أو يدخل الحمام بغير مئزر، أو يلتفت في الصلاة أو ينتسب إلى غير أبيه أو من أهل العصبية وهي أن يبغض الرجل الرجل لكونه من بني كذا ونحو ذلك، وليس منها من ترك تعاهد القرآن مشتغلاً بغيره من الواجب حتى نسيه فلا إثم عليه بخلاف إن تركه استخفافاً به كما في البرزلي وليس للعمال أيضاً أن يقدحوا في شهادة الرعية عليهم بأنهم يغرمونهم كما في البرزلي أيضاً فقولنا بعينه واسمه احترازاً مما إذا كان لا يعرفه بهما أو يعرفه بالإسم فقط، فإن كان يعرفه بالعين دون الاسم واللقب كفاه أن يؤدي الشهادة على عينه كما مرَّ عن خليل وكما يأتي في قول الناظم: ومطلقاً معروف عين عدلاً. الخ. إذ لا فرق بين التعديل والتجريح وغيرهما من المعاملات في هذا الباب، وإذا حكم بتعديله أو تجريحه أو لزوم بيعه ونحوه فإنه يسجل على صفته وحليته حيث لم يعرفه شهود الحكم بالعين والاسم وإلا سجلوا على معرفته، وبهذا يقيد إطلاق اللامية في قولها شهادة معروف الخ، وقولنا: ولا يعلمونه رجع الخ تقدم في الوثيقة قبله أن سقوطه لا يضر اهـ. وهذا مع تعذر الاستفسار وإلا فيسأل عن انتفاء علمه وظاهر النظم قبول التجريح فيه ولو أثبته بعد موته وهو كذلك كما في ابن عرفة في أثناء الكلام على الشهادة على الخط وفهم من النظم أن تأخير القاضي للعدل عن الشهادة لا يبطل شهادته فيما شهد فيه كما مرّ عند قوله: وعدل إن أدى على ما عنده. الخ. لأنه قد استند إلى علمه في إبطال حق ثبت وهو لا يستند لعلمه، ومن ذلك إذا رأى القاضي النبي ﷺ في المنام وقال له: لا تحكم بشهادة فلان فإن ذلك لا يصده عن الحكم بها إذا كان الشاهد عدلاً قاله ابن رشد. ثم أشار إلى أن غير المعروف بالعدالة على أربعة أحوال باعتبار افتقاره للتزكية وعدم افتقاره لها فقال:

١٠٦ـ وَمَنْ عَلَيْهِ وَسْمُ خَيْرٍ قَدْ ظَهَرْ ... زُكِّيَ إلاَّ فِي ضَرُورَةِ السَّفَرْ

(ومن) مبتدأ موصول (عليه) يتعلق بقوله ظهر (وسم) أي علامة (خير) مبتدأ خبره (قد ظهر) والجملة صلة من (زكي) بالبناء للمفعول خبر الموصول أو جواب الشرط إن جعلتها شرطية

(ومن عليه وسم) علامة (خير) مبتدأ (قد ظهر) خبر، وبه يتعلق عليه (زكي) بأن يشهد عدلان أنه عدل رضا ولا تقبل شهادته دون تعديل (إلا في ضرورة السفر) فتقبل شهادة القافلة

ولا تقبل شهادته دون تزكية في زمان ومكان (**إلا في**) زمان (**ضرورة السفر**) أي السفر الضروري فتقبل شهادة القافلة بعضهم لبعض فيما يقع بينهم من المعاملات والكراآت عند حاكم القرية التي مروا بها وإن لم يعدلوا ولا إعذار فيهم كما مرّ في فصله ثم ما درج عليه الناظم من جوازها في ضرورة السفر هو ما لابن حبيب ودرج عليه في المتيطية وهو خلاف المذهب. ابن رشد: لا خلاف أعلمه في المذهب أن المجهول الحال لا تجوز شهادته حتى يعدل لقوله تعالى: ﴿ممن ترضون من الشهداء﴾ [البقرة: ٢٨٢] ولا يرضى إلا من عرفت عدالته، غير أن ابن حبيب أجاز شهادته على التوسم فيما يقع بين المسافرين في السفر للضرورة قياساً على جواز شهادة الصبيان فيما بينهم في الجراح اهـ. ولذا لم يعرج خليل على ما لابن حبيب، وإنما تعرض لجوازها على المحارب فقال: والقافلة بعضهم لبعض في حرابة يعني والشهود من القافلة عدول كما لشراحه.

١٠٧ـ وَمَنْ بِعَكْسِ حَالِهِ فَلاَ غِنَى عَنْ أَنْ يُزَكِّي والَّذِي قَدْ أَعْلَنَا

(**ومن**) موصول مبتدأ (**بعكس**) خبر قوله (**حاله**) والجملة صلة من أي ومن ظهر عليه وسم الشر ولم يتحقق عليه (**فلا**) نافية للجنس (**غنى**) اسمها مركب معها (**من أن يزكي**) يتعلق بغنى وخبرها محذوف أي فلا غنى عن تزكيته موجود وسواء كان في سفر أو حضر وظاهره، ولو كان القاضي يعرف عدالته وتأمله مع ما مر عند قوله وفي الشهود يحكم القاضي بما الخ (**والذي**) مبتدأ (**قد أعلنا**) صلته.

١٠٨ـ بِحَالَةِ الْجَرْحِ فَلَيس تُقْبَلُ لَهُ شَهَادَةٌ ولا يُعَدلُ

(**بحالة الجرح**) من القذف وشرب الخمر ونحوهما مما مرّ (**فليس تقبل. له شهادة**) مرفوع على أنه اسم ليس أو نائب عن الفاعل يتقبل إن جعلت اسم ليس ضمير الشأن والجملة خبر المبتدأ (**ولا يعدل**) معطوف على ما قبله أي لا يقبل تعديله لظهور فسقه.

١٠٩ـ وإنْ يَكُنْ مَجْهُولَ حالٍ زُكِّيا وشُبْهَةٌ تُوجِبُ فيما ادُّعِيا

(**وإن يكن**) شرط (**مجهول حال**) خبر يكن أي لم يظهر عليه وسم خير ولا شر (**زكيا**) بالبناء للمفعول جواب الشرط أي ولا يقبل دون تزكية لا في حضر ولا في سفر (**و**) لكن لا تلغى شهادته قبلها مطلقاً بل (**شبهة**) مفعول بقوله (**توجب**) بكسر الجيم، وفاعله ضمير يعود على المحتاج للتزكية بدليل تأخيره فيشمل من ظهر عليه وسم الخير والمجهول لأن الكل تقبل تزكيته (**فيما**) يتعلق بما قبله (**ادعيا**) بالبناء للمفعول صلتها والعائد محذوف أي فيه فتوجب الكفيل وتوقيف المدعى فيه ولو عقاراً وتقوي تهمة وجوب اليمين على القول بعدم وجوب شيء

بعضهم لبعض، وإن لم يعدلوا (**ومن بعكس حاله**) مبتدأ خبره في المجرور قبله أي من ظهر عليه وسم الشر ولم يتحقق عليه (**فلا غنى. عن أن يزكى**) ولا تقبل شهادته دونها في حضر أو سفر (**والذي قد أعلنا بحالة الجرح**) وما لا يليق من شرب ونحوه (**فليس تقبل. له شهادة ولا يعدل**) فيقبل.

(**وإن يكن مجهول حال**) ولم يظهر عليه وسم خير ولا شر (**زكيا**) أي قبلت تزكيته ولا يقبل دونها ومع ذلك لا تلغى شهادته قبل التزكية مطلقاً بل توجب شبهة في المدعى فيه، ولذا قال: (**وشبهة توجب فيما ادعيا**) وإذا أوجبتها هذه فأحرى شهادة من ظهر عليه وسم خير، فإذا شهد اثنان

من ذلك بمجرد الدعوى على ما يأتي وأحرى على القول بوجوبها في الجميع مع التجرد وبه العمل وتكون لوثاً في الدماء على أحد قولي مالك الآتي في قول الناظم: ومالك فيما رواه أشهب. البيت. وإذا كان هذا في المجهول فمن ظهر عليه وسم الخير أحرى، وكذا من ظهر عليه وسم الشر إذ المدار على كونه ممن ترجى تزكيته فيعمم في النظر كما قررنا والله أعلم.

وقد علم أن كل ما عدا المعلن بالفسق من هذه الأقسام تقبل تزكيته وأن شهادته قبلها شبهة لأن كل من يرجى ثبوت الحق به إذا زكى فهو شبهة كما هو ظاهر كلامهم في فصل التوقيف خلافاً لما في المتيطية من أن شهادة من ظهر عليه وسم الشر لا تكون شبهة إذ لا يخفى أنها أقوى ممن شهدت بالنشدان ونحوه، وعلم منه أيضاً أن الأصل في الناس الجرحة ولو كان ممن تتوهم فيه العدالة كرواة العلم فلا بد من تزكيته وهو كذلك كما لابن ناجي في شرح المدونة قال: واختار ابن عبد البر وهو قول جماعة من العلماء قبول رواة العلم حتى تظهر جرحتهم لقوله عليه الصلاة والسلام: «يحمل هذا الدين من كل خلف عدو له» اهـ. فالمراد برواته من تضلعوا فيه واطلعوا على سرائره بدليل الحديث المذكور لا كل من يتعلمه.

١١٠ـ ومُطْلَقاً مَعْرُوفُ عَيْنٍ عَدْلا والعَكْسُ حاضِراً وإنْ غابَ فَلا

(ومطلقاً معروف عين) مبتدأ خبره **(عدلا)** بالبناء للمفعول ومطلقاً حال من نائبه أي الشاهد المعروف بالعين والاسم والنسب عند القاضي أو عند الناس وإن لم يعرفه القاضي تقبل تزكيته مطلقاً سواء حضر مجلس القاضي وأديت التزكية على عينه أم لا. لأن من كان معروفاً عند الناس مشهوراً تمكن القاضي بمعرفته من مطلق الناس **(والعكس)** مبتدأ والخبر محذوف لدلالة ما تقدم عليه أي والعكس وهو ما إذا كان الشاهد غير معروف عند القاضي ولا مشهوراً عند الناس يعدل حال كونه **(حاضراً)** مجلس القاضي، وظاهره وإن لم يعرف المزكي بالكسر اسمه ولا نسبه ولا كنيته لأنه إنما يشهد على عينه وتسجل وثيقة التعديل على حليته وصفته وهو كذلك كما مرّ عند قوله: وغير ذي التبريز الخ. ولا يلزم من المخالطة في الحضر والسفر مع طول العشرة الخ. اللتين يعتمد عليهما المزكى أن يكون عارفاً باسمه، ونسبه إذ قد يخالطه وتطول العشرة وينسى اسمه ولا يعرف اسمه بالكلية، ومن اشتهر بكنيته حتى صارت علماً عليه هو كمعروف الاسم فليس هو من محل الخلاف، **(وإن غاب)** غير معروف العين **(فلا)** يعدل وظاهره ولو بعدت غيبته، والذي لابن عرفة عن عبد الحق أن محل هذا إن غاب عن المجلس وهو في البلد أو قريب منه وإلاّ جازت تزكيته كما يقضى عليه ونحوه في التبصرة عن المازري، فيقيد كلام الناظم بالقريب أو الحاضر في البلد:

بحق وكانا ممن لا يحكم بشهادتهما إلا بعد التزكية وقف الشيء كما يأتي. هذا معنى الشبهة ههنا، وأما تفسيرها بإيجاب اليمين أو الحميل ففيه نظر لأنهما يجبان بمجرد الدعوى، والمعروف أنها لا توجب قسامة. **(ومطلقاً)** أي حضر مجلس القاضي وكانت الشهادة على عينه أم لا **(معروف عين عدلا. والعكس)** وهو ما إذا كان الشاهد غير معروف العين عند القاضي زكى حال كونه **(حاضراً وإن غاب فلا)** يزكى ولا تقبل تزكيته إلا على عينه قاله في المدونة. **(وشاهد تعديله باثنين. كذاك**

١١١ـ وشَاهِدٌ تَعْدِيلُهُ بِاثْنَيْنِ كَذَاكَ تَجْرِيحٌ مُبَرِّزَيْنِ

(**وشاهد**) مبتدأ سوغ الابتداء به قصد الجنس أو العموم كقولهم: كل يموت أي كل شاهد (**تعديله**) مبتدأ ثان (**باثنين**) خبره والجملة خبر الأول (**كذاك**) خبر عن قوله (**تجريح**) بالتنوين (**مبرزين**) صفة لمحذوف أي تجريح كائن كذلك باثنين مبرزين، فالأول على حذف الصفة كقوله تعالى: ﴿الآن جئت بالحق﴾ [البقرة:٧١] أي البين وإلاَّ فموسى عليه السلام لم يأت إلا بالحق فحذف الناظم مبرزين من الأول لدلالة الثاني عليه أو هو من باب الاحتباك فحذف من كل ما أثبت نظيره في الآخر، وهذا أولى من جعله صفة لاثنين المذكور لما فيه من الفصل بأجنبي، وفهم منه أن كلاً من التعديل والتجريح لا يثبت إلا باثنين مبرزين وهو في التعديل مسلم إذ لا يقبل فيه إلا المبرز الفطن الذي لا يخدع في عقله ولا يتزلزل في رأيه معتمداً على طول عشرته من أهل سوق المزكى بالفتح، ومحلته على المشهور المعمول به والقضاة اليوم يتساهلون ويقبلون التزكية من مطلق العدول، وما كان ينبغي لهم ذلك وإن كان روي عن مالك أن شهود التزكية كشهود سائر الحقوق، لكنه غير المشهور، وأما في التجريح فإن لم يبينوا سببه بل أجملوا وقالوا: هو غير عدل ولا جائز الشهادة، فكذلك لا يقبل إلا من المبرزين أيضاً العارفين بوجوه التجريح كما لابن رشد، ونقله ابن عرفة وهو معنى ما لابن عتاب حسبما في ابن سهل ونقله في التبصرة من أن الذي أحاط به العلم وجرى به الحكم أن التبريز لا يشترط في التجريح بالعداوة، وإنما يطلب التبريز في غيرها من وجوه التجريح اهـ. ونحوه لابن مغيث في مقنعه قال: لا يكون التعديل والتجريح بأقل من اثنين مبرزين قاله أكثر الأصحاب. وبه مضت الفتوى عند الشيوخ وتبعهم الشارح وهو ظاهر النظم، ولكن مرادهم والله أعلم إذا أجملوا كما مرّ عن ابن رشد لأن التوفيق بين كلام الأئمة مطلوب ما أمكن، وأما إن لم يبينوا السبب فهو وإن كان فيه خلاف في اشتراط التبريز أيضاً، لكن الراجح عدم اشتراطه كان المقدوح فيه مبرزاً أم لا، وهو قول مطرف. واختاره اللخمي قال: لأن الجرح مما يكتم ولا يطلع عليه كل الناس وعليه عول (خ) في قوله وإن بدونه، وسيأتي عند قوله وثابت الجرح الخ. أنه يبطل بتجريح عدلين شهادة من يعدله العدد الكثير من المبرزين، فيقيد إطلاق الناظم بعدم بيان السبب ليكون ماشياً على المعتمد. وقوله:

تجريح) بالتنوين مبتدأ وخبره (**مبرزين**) صفة لاثنين وما ذكره من اشتراط التبريز في التزكية صحيح منصوص لغير واحد قال المتيطي: وعليه أكثر أصحاب مالك وبه العمل اهـ من ابن عرفة. وأما ما اقتضاه التشبيه من اشتراطه في التجريح أيضاً وقرر به الشارحان ففيه نظر إذ لم يأتيا على ذلك بنقل ولم يذكر في المختصر في المسائل التي يشترط فيها التبريز إلا التزكية ثم قال بعد: وقدح في المتوسط بكل وفي المبرز بعداوة وقرابة وإن بدونه كغيرهما على المختار قال الزرقاني: وإن بدونه أي وإن بشاهد عدل دون المقدوح فيه في التبريز لأنهم لم يعدوا الشهادة القادحة في المبرز من المسائل التي يعتبر فيها التبريز انتهى. وفي المواق عن اللخمي بعد أن ذكر الخلاف فيمن يجرح المبرز ما نصه: والاستحسان أنه إذا كان الشاهد ليس بالمبرز قبل جرحه من عدل من غير مراعاة هل هو مثله أو دونه، وإن كان مبرزاً قبل من مبرز كان مثله أيضاً أو دونه اهـ. ولا يعارضه ما في المحشي لأنه في تجريح المبرز.

باثنين يعني وليس المزكى بالفتح شاهداً مع المزكي بالكسر على ذلك الحق أو ناقلاً معه فيه، وإلاَّ فلا يجوز لأن الحق حينئذ ثبت بعدل واحد، وظاهر قوله باثنين ولو كان المزكى بالفتح قد جرح في القديم، والذي في المقدمات أن التزكية في هذا لا تقبل إلا ممن علم بجرحته وشهد بتوبته منها ونزوعه عنها، ومفهوم قوله باثنين أن تزكية الواحد لا تكفي وهو كذلك على المشهور. وقال مطرف: يجوز تعديل الواحد وهذا كله في تزكية العلانية. وأما تزكية السر فأشار لها بقوله:

١١٢ـ والفَحْصُ مِنْ تِلْقَاءِ قَاضٍ قُنِعا فـيـه بِـواحِـدٍ فـي الأمْـرَيْـنِ مَـعَـا

(والفحص) مبتدأ أي البحث **(من تلقاء قاض)** أي جهته يتعلق بمحذوف صفة أي الفحص الواقع من جهة القاضي **(قنعا)** بالبناء للمفعول **(فيه)** يتعلق به **(بواحد)** نائب فاعل قنعا **(في الأمرين)** أي التعديل والتجريح يتعلق به أيضاً **(معاً)** حال والجملة خبر المبتدأ والرابط الضمير المجرور بفي ووجه ذلك خروجه من باب الشهادة التي يشترط فيها التعدد إلى باب الخبر الذي لا يشترط فيه ذلك، وصفته أن يتخذ الحاكم رجلاً من أهل العدل والرضا مجمعاً عليه بذلك فيوليه السؤال عن الشهود سراً أو يبدأ الحاكم بالسؤال عن الشاهد ممن يظن أنه خبير بحاله من جيرانه وأهل سوقه ومحلته.

والحاصل إما أن يتولى السؤال بنفسه أو يولي من يسأل وعلى كل حال لا يكتفى في السائل منهما بسؤال واحد خشية أن تكون بينه وبين الشاهد عداوة، وإنما يسألان عنه الثقات وأهل الخبرة به وفهم من قوله: قنعا بواحد الخ، أن الاثنين أولى وهو كذلك بل الذي في المتيطية والوثائق المجموعة أن العمل والقضاء على عدم الاجتزاء بالواحد في تعديل السر وتجريحه وقال اللخمي: لا أرى اليوم أن يجتزأ بأقل من اثنين قولاً واحداً اهـ ولكن ما اقتصر عليه الناظم هو الذي في ابن الحاجب ومختصر خليل، ثم من حق الشاهد والمشهود عليه أن يعلما بالمجراح، فقد تكون بينه وبين أحدهما عداوة أو بينه وبين المشهود له قرابة أو غير ذلك مما يمنع التجريح قاله في المتيطية وغيرها، قال: واختلف إذا كان الشاهد والمشهود له ممن يتقى شره هل يعلم بالمجرح أم لا؟ فقال سحنون: يعلم. وقال ابن القاسم: إذا قال الشهود نكره عداوة الناس جاز التجريح سراً. اللخمي: وقول سحنون أحسن لفساد القضاة اليوم اهـ. وقال ابن رحال: إذا كان هذا في زمن اللخمي فكيف بزمننا؟ قال: وبه تعلم أن الاكتفاء بالواحد في السر تزكية وتجريحاً وعدم القدح فيه لا يناسب زمننا لأن القاضي ربما يقول: عدل عندي الشهود أو جرحوا، ولم يكن شيء من ذلك، فلذلك اعتمد الناس تزكية الظاهر وتجريحه، وأهملوا ذلك في السر بحسب ما

فإن قلت: نجعل تجريح في كلام الناظم مضافاً إلى مبرزين من إضافة المصدر إلى مفعوله فيكون قاصراً على هذه وهو صحيح. قلت: يمنعه أمران. أحدهما: التثنية إذ لا وجه لها، والثاني فوات اشتراط التبريز في التزكية. هذا كله في تزكية العلانية وهي ما يثبتها المشهود له عند الحاكم ويقوم بها، وأما تزكية السر بأن يبحث الحاكم عن حال شخص فيخبره من يثق به بعدالته أو جرحته فيكفي فيه الشاهد الواحد كما أشار له بقوله: **(والفحص)** أي البحث **(من تلقاء قاض)** أي من جهته **(قنعا فيه)** بعدل **(واحد في الأمرين معاً)** أي التزكية والتجريح ثم قال:

أدركنا عليه القضاة من شيوخنا اهـ. قلت: وعلى ما قال من إهمال تزكية السر وتجريحه وأنه لا بد من الإعذار فيه أدركنا الأشياخ اليوم حسبما أشرنا إليه في آخر فصل الإعذار والله أعلم.

١١٣ـ وَمَنْ يُزَكّي فَلْيَقُلْ عَدْلٌ رِضَا   وبَعْضُهُمْ يُجِيزَانِ أَوْ يُبَعِّضَا

(ومن) شرط (يزكي) فعل الشرط (فليقل) جوابه (عدل) خبر لمحذوف (رضا) خبر ثان والجملة محكية بالقول وما ذكره من الجمع بين اللفظين هو المشهور، ومذهب المدونة (خ) بأن شهد أنه عدل رضا. قال في ضيح: لأن العدالة تشعر بسلامة الدين والرضا يشعر بالسلامة من البله والغفلة، وكثير من العدول لا يفهم معنى اللفظين فيجب سؤاله عن معناهما إذا ظن به عدم معرفتهما على أنه قد تقدم أن التعديل لا يصح إلا من المبرز العارف بما يصح به التعديل وفهم من قوله عدل رضا أنه لو قال: هو ممن تقبل شهادته أو يقضى بها أو قال نعم العبد أنه لا يكون تزكية، وقيل إنه تزكية إن كان من أهل العلم، وظاهر النظم أنه يكتفي بما ذكر سواء أداه بلفظ أشهد أو أعرف أو أعلم أو أراه أو غير ذلك، وهو كذلك على المذهب وظاهر نص (خ) المتقدم أنه لا بد من لفظ أشهد وفي المسألة اضطراب هل لفظ أشهد في أداء الشهادة من حيث هي متعبد به، فإذا أديت بغيره ألغيت وعليه اقتصر ناظم العمل حيث قال: لا بد في تأدية من يشهد الخ أولاً فتؤدى به وبغيره مما يؤدي معناه وهو المعتمد كما مر. (وبعضهم) مبتدأ خبره قوله (يجيز أن يبعضا) بكسر العين المشددة وضميره الشاهد أي أن يبعض الشاهد اللفظين المتقدمين فيكفيه الاقتصار على أحدهما، ويحتمل قراءته بالبناء للمفعول وضميره يعود على اللفظ الذي تقع به التزكية، لكن الأول أولى لسلامته من سناد التوجيه والقول بالتبعيض هو المذهب عند ابن زرقون وابن فتوح لأن كلاً من اللفظين يستلزم معنى الآخر وعليه درج ناظم العمل حيث قال: وإن يقل رضا مزك قبلا. ولابن رشد الاختيار أن يجمع بين اللفظين لقوله تعالى: ﴿ممن ترضون من الشهداء﴾ [البقرة:٢٨٢] مع قوله تعالى: ﴿وأشهدوا ذوي عدل منكم﴾ [الطلاق:٢] فإن اقتصر على أحدهما أجزأ لأنه تعالى ذكر كل لفظة على حدتها وفصل اللخمي فقال: إن اقتصر على إحدى

(ومن يزكي) أي من أراد التزكية عند قاض (فليقل) في المزكى بالفتح أنه (عدل رضا) قال في المدونة: ولا يجزىء في التعديل إلا القول بأنهم عدول مرضيون اهـ. لقوله تعالى: ﴿وأشهدوا ذوي عدل منكم﴾ [الطلاق:٢٠] وقوله سبحانه: ﴿ممن ترضون من الشهداء﴾ [البقرة:٢٨٢] وهذا هو المشهور. (وبعضهم يجيز أن يبعضا) اللفظين فعن سحنون إن اقتصر على قوله عدل أجزأ، وعن بعض المتأخرين الاكتفاء بقوله: رضا، ولابن زرقون المعلوم من المذهب إجزاء الاقتصار على أحدهما، وقال اللخمي: إن اقتصر على إحدى الكلمتين ولم يسئل عن الأخرى فهو تعديل، وإن سئل فوقف فهو ريبة في تعديله. تنبيه: لا تقبل التزكية إلا من مبرز فطن عارف بباطن المزكي بأن خالطه في الأخذ والعطاء وصاحبه في الحضر والسفر عارف لا يخدع معتمد على طول عشرة لاسماع كائن من أهل سوقه أو محلته إلا لعذر كان لا يكون فيهم عدل معروف عند القاضي إلا من زكى غريباً أو امرأة فيصح أن يكون مجهولاً عند القاضي ثم يزكيه آخرون يعرفهم وهو معنى قول ابن عاشر:

الكلمتين ولم يسأل عن الأخرى فهو تعديل وإن سئل عنها فوقف فهو ريبة يسئل عن سبب وقفه فقد يذكر ما لا يقدح أو يذكر ما يريب فيوقف عنه اهـ. وقد تقدم أن العدالة معتبرة في كل زمان بأهله وأن التزكية لا تقبل إلا من المبرز الفطن العارف الكائن من أهل سوق المزكى ومحلته لا من غيرهم لأن توقفهم عن تزكيته ريبة المعروف عند القاضي لا غير معروف إلا لعذر بأن لا يكون في أهل سوقه عدول معروفون عند القاضي أو كان المزكى بالفتح غريباً أو امرأة، فيصح أن يكون المزكي حينئذ بالكسر مجهولاً عند القاضي ثم يزكيه آخرون معروفون عنده وهو معنى قول من قال:

تعديل احتاج لتعديل هبا إلا مزكي امرأة أو غربا

ويكتب في ذلك شهوده يعرفون فلاناً معرفة تامة ويعلمونه عدلاً في أحواله رضا في شهادته ولا يعلمونه رجع عن ذلك إلى الآن، وقيدوا بذلك شهادتهم على عينه في كذا، فإن سقط قولهم ولا يعلمونه الخ لم يكن تعديلاً إلا إذا كانوا من أهل العلم، وإن سقط لفظ التعديل أو الرضا، فهو محل الخلاف المتقدم. وقولنا: على عينه هذا إذا كان غير معروف عند القاضي وهو حاضر البلد أو قريب الغيبة، وإلاّ فالمعروف عنده أو بعيد الغيبة لا يحتاج فيها إلى ذلك وأشعر اشتراط التبريز أن تزكية النساء لا تقبل لأن التبريز صفة تختص بالرجال لنقصان مرتبة النساء في الشهادة، ولذلك لم تجز في نكاح ولا طلاق وجعلت شهادة امرأتين كرجل فلا يزكين الرجال ولا النساء فيما تجوز شهادتهن فيه ولا فيما لا يجوز قاله في المدونة، ولابن نافع وابن الماجشون جواز تزكيتهن الرجال فيما تجوز فيه شهادتهن، وأجاز بعض الشيوخ تزكيتهن النساء أيضاً قال: لأن مالكاً أجاز شهادتهن في الأموال والتزكية في الأموال تجر إليه.

قلت: وهذا يتلمح مما تقدم عن مالك من عدم اشتراط التبريز في التعديل وأن شهوده كشهود سائر الحقوق. **تنبيه**: ابن رشد: لا يلزم الشاهد في التعديل أن يقول هو من أهل العدالة لأن القطع به لا يصح ولو قاله لم يضره، ولا يكون غموساً لأن معناه في ظني وهذا يجري أيضاً فيما إذا قطعوا في الملك فيقولون ولم يخرج عن ملكه يريد: إذا كان من أهل العلم وإلاّ فلا تقبل منه مجملة والله أعلم.

١١٤ـ وثَابِتُ الْجَرحِ مُقَدَّمٌ عَلَى ثَابِتِ تَعْدِيلٍ إذَا مَا اعْتَدَلَا

(وثابت الجرح) بفتح الجيم مبتدأ خبره **(مقدم على. ثابت تعديل)** يتعلق بالخبر المذكور **(إذا)** ظرف يتعلق بالخبر أيضاً **(ما)** زائدة **(اعتدلا)** جملة في محل خفض بإضافة إذا. وألف التثنية فيه

تعديل احتاج لتعديل هبا إلا مزكي امرأة أو غربا

(وثابت الجرح) أي ما ثبت منه بشهادة عدلين **(مقدم على ثابت تعديل)** أي على ما ثبت منه فإذا شهدت بينة بعدالة الشخص وأخرى بجرحته قدمت المجرحة لأنها علمت من باطن حال الشاهد ما لم تعلمه المعدلة، وهذا كله **(إذا ما اعتدلا)** أي ثبوت الجرح وثبوت التعديل بأن تكافأت بينتهما، فإن كانت بينة الجرح أعدل فأحرى في تقديمها، وإن كانت المعدلة أعدل فروى ابن نافع عن مالك يؤخذ بالأعدل والمشهور خلافه وعليه فلا مفهوم لقوله: إذا ما اعتدلا. قال ابن سلمون: ولو شهد قوم

يعود على التعديل والتجريح أي إذا تعارضت بينتاهما وتكافأتا في العدالة فتقدم بينة الجرح والتعبير بالتقديم هنا مجاز فيما يظهر لأنهما لو تكافأتا سقطتا، والأصل في الناس الجرحة، ومفهوم قوله: إذا ما اعتدلا أنه إذا كانت إحداهما أعدل يعمل عليها، وهو كذلك إذا قطعت كل منهما بكذب الأخرى كقول المعدلة: بات معتكفاً على الصلاة ليلة كذا، وقالت المجرحة: بات معتكفاً على شرب الخمر في تلك الليلة وأما إن لم تقطع كل منهما بكذب الأخرى بل أرسلت كل منهما الشهادة بالنسبة للزمان والمكان فليس من التعارض في شيء فتقدم بينة الجرح حينئذ ولو كانت أقل عدالة كما مر عن (خ) في قوله بخلاف الجرح وهو المقدم الخ. وعن سحنون لو عدله أربعة وجرحه اثنان والأربعة أعدل لأخذت بشهادة المجرحين لعلمهما من باطن الأمر ما لم يعلمه الآخرون اهـ. فكلام الناظم إنما هو في التعارض كما قررنا بدليل قوله: إذا ما اعتدلا إذ الاعتدال وعدمه إنما ينظر إليه مع ذلك لا مع عدمه لأنهما إذا أرسلا الشهادة لم يتواردا على زمان واحد فالمعدلة شاهدة بعدم علم الجرحة والمجرحة شاهدة بوجودها منه فكل منهما صادق بحسب الظاهر بمنزلة ما إذا شهدت إحداهما بعدم علم البيع والأخرى بوقوعه والشهادة بالبت لا تعارضها الشهادة على نفي العلم في كل شيء من غير نظر للأعدل من غيره فلا ترد هذه على مفهوم النظم، ومحل ما ذكرنا من أنه لا تعارض مع إرسالهما للشهادة إذا قرب تاريخ التجريح من تاريخ التعديل وإلاَّ قضي بأحدثهما تاريخاً ويحمل على أنه كان عدلاً ففسق أو فاسقاً فعدل.

والحاصل؛ أنهما إذا تواردتا على زمن واحد وتكافأتا سقطتا وبقي الشيء على أصله وهو الجرحة وإن كانت إحداهما أعدل فيقضي به وهذا معنى كلام الناظم منطوقاً ومفهوماً وإذا قضينا بالمجرحة إن كانت أعدل وقد جرحته بما فيه أدب أو حد فلا أدب عليه ولا حد وإن لم تتواردا على زمن واحد فلا تعارض ولكن إن قرب تاريخ إحداهما من الأخرى قضى بالمجرحة وإن تباعد ما بين التاريخين قضى بالأحدث تاريخاً إلا أن يكون في وقت تقييداً لمجرح ظاهر العدالة فالمجرحة أولى قاله اللخمي وغيره وهو الموافق لما مرّ عند قوله: وعدل إن أدى على ما عنده. الخ. وقوله: وثابت الجرح الخ يعني بعدلين وأما بعلم القاضي فتقدم في قوله: وفي الشهود يحكم القاضي الخ. وإذا ثبت بعدلين فظاهره اتفقا على سببه أم لا. كقول أحدهما يعمل بالربا، وقول الآخر يشرب الخمر لأنهما متفقان في المعنى على أنه رجل سوء وقيل لا تجوز حتى يتفقا على الشرب أو الربا، فإن قال أحدهما خائن والآخر يأكل أموال اليتامى جازت اتفاقاً.

١١٥ـ وطَالِبُ التَّجْدِيدِ لِلتَّعْدِيلِ مَعْ مُضِيِّ مُدَّةٍ فَالأُولَى يُتَّبَعْ

(وطالب التجديد) مبتدأ **(للتعديل)** الواقع على مجهول الحال ظهر عليه وسم خير أو شر أو

بالتجريح وآخرون بالتعديل فشهادة المجرحين أتم لأنهم علموا من الباطن ما لم يعلمه المعدلون وهو قول ابن نافع وسحنون وبه جرى العمل اهـ. وقاله ابن أبي حازم قال سحنون: ولو عدله أربعة وجرحه اثنان والأربعة أعدل أخذت بشهادة المجرحين لأنهما علما ما لم يعلمه الآخرون اهـ. قال الشارح عن ابن رشد: ومحل الخلاف إذا لم يبين المجرحون الجرحة وإلا قدمت شهادتهم باتفاق اهـ. **(وطالب التجديد للتعديل)** الواقع على مجهول حال وحكم بشهادته ثم شهد ثانياً **(مع مضي مدة)** أي

لم يظهر عليه واحد منهما وهو يتعلق بالتجديد (مع) وجود (مضي مدة) ظرف يتعلق بالمبتدأ والتنوين في مدة للتقليل أي إذا شهد المجهول المذكور في قضية وزكى ثم بعد مدة يسيرة دون السنة شهد في قضية أخرى وطلب المشهود عليه ثانياً تجديد تعديله فإنه لا يجاب في قول ابن القاسم إلا أن يشهد بعد سنة من شهادته الأولى لأن السنة تتغير فيها الأحوال وتحدث فيها الأحداث. وقال سحنون: يجاب مطلقاً شهد بعد السنة أو قبلها حتى يكثر تعديله ويشتهر. ابن عرفة: العمل على قول سحنون، ولذا قال الناظم: (فالأولى) بنقل حركة الهمزة للام مبتدأ خبره (يتبع) بالبناء للمفعول ونائبه يعود على التجديد، والجملة من الثاني وخبره خبر الأول ودخلت الفاء لما في المبتدأ الأول من العموم أي فالأولى والأحسن إجابته لما طلب من التجديد مطلقاً حتى يكثر المعدلون كما قال سحنون فإن عجز عن تعديله قبل السنة أو بعدها لفقد من عدله أولاً وجهل الناس بحاله الآن قبلت شهادته لأن طلب تعديله ثانياً إنما هو استحسان.

١١٦ـ ولأَخيهِ يشْهَدُ الْمُبَرِّزُ إلاَّ بمَا التُّهْمَةُ فيهِ تَبْرُزُ

(ولأخيه) يتعلق بقوله (يشهد المبرز) أي في كل شيء مال أو غيره حيث لم يكن في عياله (إلا) استثناء (بما) يتعلق بمقدر أي إلا إذا شهد بما (التهمة) مبتدأ (فيه) يتعلق بالخبر الذي هو قوله: (تبرز). والجملة صلة ما وما ذكره من اشتراط التبريز نحوه في (خ) وهو الذي في أوائل المدونة ووقع في أثنائها ما ظاهره عدم اشتراطه وهو ظاهر الرسالة أيضاً، وبه صدر ابن الحاجب وابن شاس وصرح القلشاني والشيخ زروق بأنه المشهور، وما ذكره من عدم جوازها له فيما إذا ظهرت التهمة نحوه للخمي، وصوبه القلشاني وغيره، بل حكى المازري اتفاق المذهب على رد شهادة الأخ لأخيه مع قوة التهمة كأن يشهد له بما يكتسب به شرفاً أو يدفع به معرة أو تقتضيه الحمية والعصبية مثل أن يشهد لأخيه وهو وضيع القدر أنه تزوج امرأة يتشرف بنكاحها أو أن فلاناً قذفه أو يجرح من جرح أخاه، وكذلك رأى غيره أنه يتفق على رد شهادته له بالمال الكثير الذي يحصل له به الشرف ولا يجوز له في جراح عمد على المشهور قاله في ضيح والشامل، وظاهر قول (خ) بخلاف أخ لأخ إن برز ولو بتعديل الخ. جوازها بالشرط المذكور مطلقاً قويت

بعد مضي مدة يسيرة من شهادته الأولى كالأشهر وما دون السنة فتنوين مدة للتقليل فقال ابن القاسم: يكتفي بالتعديل الأول حتى يطول سنة. وقال سحنون: يطلب تعديله كلما شهد حتى يكثر تعديله ويشتهر مطلقاً. ابن عرفة: العمل قديماً وحديثاً على قول سحنون، ولذا قال الناظم:

(فالأولى يتبع) أي دون قول ابن القاسم بالتفصيل ابن رشد: فلو تعديله بالقرب على قول طلب سحنون أو بالبعد على قول ابن القاسم فعجز عن ذلك لفقد من عدله أولاً وجب قبول شهادته لأن طلب تعديله ثانية إنما هو استحسان اهـ. (ولأخيه يشهد المبرز) أي تجوز شهادة الأخ لأخيه إذا كان مبرزاً بمال أو غيره (إلا بما التهمة فيه تبرز) كأن يشهد لأخيه بما ينفي عنه وصمة أو يدفع عنه محنة أو بنكاحه من يشرف بنكاحها لأنه في المعنى دافع عن نفسه ما يلحقه من الغم أو جالب لها بخلاف غير المبرز فلا تقبل شهادته لأخيه مطلقاً وقيل: تقبل (خ): بخلاف أخ لأخ إن برز ولو بتعديل وتؤولت بخلافه كأجير ومولى وملاطف ومفاوض في غير مفاوضة وزائد أو ناقص، وذكر بعد شك وتزكية، فهذه النظائر التي يشترط فيها التبريز.

التهمة أم لا بدليل قوله: ولو بتعديل لأنه مما يتشرف به ويدفع به معرة عن نفسه، ولكن في اختصار المتيطي ما نصه: ولا تجوز شهادته لأخيه في الفرية ولا في نكاح من يتشرف بها بخلاف الدين والتعديل وشبهه إذا كان الأخ الشاهد مبرزاً وليس في عيال المشهود له اهـ. ثم قال: واختلف فيمن شهد لأخيه بمال فقيل تجوز إن كان مبرزاً، وأجازها بعضهم في القليل دون الكثير، ولا تجوز فيما يدركه فيه حمية ولا فيما يكسبه حظوة، واختلف في شهادته له في جراح العمد الخ، وقد تبين أن المعتمد هو ما للناظم من اشتراط نفي التهمة، وأما اشتراط التبريز ففيه قولان. شهد كل منهما وفهم منه أن غير المبرز لا تجوز شهادته مطلقاً قويت التهمة أم لا. وأن غير الأخ تجوز شهادته له بغير شرط التبريز وهو كذلك. قال اللخمي: وشهادة الرجل لابن أخيه ولعمه ولابن عمه بالمال جائزة ما لم يكن الشاهد في نفقة المشهود له، ولا تجوز فيما يجمعهم فيه الحمية والعصبية ولا فيما يدفع به المعرة أو يكتسب به شرفاً وهم في هذا الوجه كالأخ اهـ. وأفهم قوله: ما لم يكن الشاهد في نفقة المشهود له الخ، أن العكس وهو كون المشهود له في نفقة الشاهد يجوز وهو كذلك عند ابن حبيب، وقال بعض المتأخرين: ينبغي أن لا تجوز له بمال لأنه يدفع بذلك نفقته وإن كانت لا تلزمه لأن ترك النفقة عليه معرة له، وأما إن كان المشهود له أجنبياً وهو في عيال الشاهد فشهادته له جائزة كما في التبصرة. تنبيه: هذه إحدى المسائل السبع التي يشترط فيها التبريز المذكورة في قول (خ) بخلاف أخ لأخ إن برز ولو بتعديل كأجير ومولى وملاطف ومفاوض في غير المفاوضة وزائد وناقص، وذكر بعد شك وتزكية.

قلت: وفي المعيار عن سيدي مصباح اشتراطه في الشهادة في الحبس فمن قام يدعي حبساً بشهادة غير مبرزين لم يقض له به لما فيه من الاستبعاد، وتقدم في قول الناظم كذاك تجريح الخ، أنه يشترط أيضاً في التجريح بغير العداوة، وفي الباب الثاني من القسم الثاني من التبصرة اشتراطه في الشاهد مع اليمين وفيها في الباب الرابع والأربعين اشتراطه في الشاهد على الخط، وربما يشعر بهذا قول الناظم فيما يأتي وشاهد برز الخ. وفي المعيار اشتراطه في شهادة الرجل لزوج حفيدته كما يأتي. وفي الغرناطية اشتراطه أيضاً فيمن أشهد على نفسه بحق وأنه لا يجبر على إشهاد غيرهما زيادة عليهما، وإن كان ابن رشد أطلق فقال: لا يجبر من أشهد على نفسه بشيء على زيادة الإشهاد بعدلين، وإن طلب المشهود له ذلك. وقال البرزلي: إن كثر العدل فيهم أجبروا وإلا فلا. وفي شرح العمليات اشتراطه أيضاً في المشهود له على خطه، وفي الخامس عشر من الفائق اشتراطه في سائر عقود الاسترعاء.

١١٧ـ والأَبُ لابنِـهِ وعَكْسُـهُ مُنِـعْ وفـي ابـنِ زَوْجَـةٍ وَعَـكْـسُ ذَا اتُّـبِـعْ

(والأب) مبتدأ على حذف مضاف أي وشهادة الأب **(لابنه)** يتعلق بالمضاف المذكور **(وعكسه)** مبتدأ على حذف مضاف أيضاً أي وشهادة الابن لأبيه كذلك وقوله: **(منع)** بالبناء للمفعول خبر المبتدأ الأول فهو مؤخر من تقديم، والقياس منعت بتاء التأنيث الساكنة وحذفها

(والأب) أي وشهادة الأب **(لابنه)** فحذف المضاف وأقيم المضاف إليه مقامه **(وعكسه)** وهو شهادة الابن لأبيه (منع) فلا تقبل من واحد منهما للآخر لتأكد القرب فتجيء التهمة **(وفي ابن**

لجوازه مع ضمير التأنيث المجازي كقوله: ولا أرض أبقل أبقالها. وظاهره شهد أحدهما للآخر بحق أو بتعديل، والمراد بالأب ما يشمل الأم، وإن علت وبالابن ما يشمل البنت وإن سفلت، وظاهره عدم جوازها ولو شهد لأحد ولديه على الآخر ولأحد أبويه كذلك وهو كذلك، لكن يشترط ظهور الميل للمشهود له كشهادته للبار على العاق أو للسفيه على الرشيد كما في (خ) وتجوز شهادة الولد على أبيه بطلاق أمه إن كانت منكرة، وكذلك إن كانت هي القائمة بذلك عند ابن القاسم، **(وفي ابن زوجة)** يشهد لزوج أمه **(وعكس)** وهو شهادتها له أو شهادة الرجل لابن زوجته وإن سفل **(ذا)** مبتدأ والإشارة للمنع المتقدم **(اتبع)** بالبناء للمفعول خبره، وفي ابن زوجة يتعلق به وعكس بالتنوين معطوف على ابن.

١١٨ـ وَوالِــدي زَوْجَــةٍ أَوْ زَوْجَــةِ أبْ وحَــيْـثُـمـا الـتُّـهَـمَـةُ حـالُـهـا غَـلَـبْ

(ووالدي زوجة) عطف على ابن أي واتبع هذا المنع أيضاً في والدي زوجة بأن يشهد الرجل لأبي زوجته أو لأمها، وبالعكس بأن يشهد الرجل لزوج ابنته والمرأة لزوج ابنتها وأحرى شهادة الزوجين للآخر **(أو زوجة أب)** تشهد لربيبها ذكراً كان أو أنثى وإن سفل، وكذا لا يشهد ربيبها وإن سفل لها، وأحرى شهادة الرجل لزوج جده وزوج جدته وإن بعد، أو لزوجة ابن ابنه أو زوج بنت ابنه وإن سفل، إذ المدار على قوة التهمة كما قال: **(وحيثما التهمة حالها غلب)** وظاهره عدم الجواز ولو كان الشاهد مبرزاً وهو كذلك كما هو ظاهر قول (خ) ولا متأكد القرب كأب وإن علا الخ. واختار عياض حسبما في المعيار جواز شهادة المبرز لزوج حفيدته بعد أن قرر في ذلك خلافاً، وحكى في الشامل ثلاثة أقوال في جوازها لزوجة ابنه أو زوج ابنته: ثالثها: جوازها من المبرز دون غيره لكن المعتمد ما مرّ لأن التهمة حاصلة في الجميع، والمدار على قوتها كما تقدم وعليه فكل من يحرم نكاحه تمنع الشهادة له قاله ابن رحال، وحيثما اسم شرط والتهمة مبتدأ وجملة حالها غلب خبره، ويجوز في التهمة أن يكون فاعلاً بفعل مقدر أي وحيثما غلبت التهمة وحالها مبتدأ وغلب خبره، والجملة مؤكدة لمعنى ما قبلها وقوله:

١١٩ـ كَـحـالَـةِ الـعَـدُوِّ والـظَّـنـيـن والـخَـصْـمِ والـوصِـيِّ والـمَـدِيـن

(كحالة العدو) مثال لبعض ما صدق عليه الشرط قبله لأنه صادق بتهمة القرابة وتهمة العداوة وغيرها، فلا تقبل شهادة العدو على عدوه ولو على ابنه إن كانت العداوة دنيوية لا دينية كما مر في قوله سوى عداوة الخ وظاهره ولو شهد العدو لعدوه وعليه وهو كذلك إذا كان في مجلس واحد، فإن كانا في مجلسين صحت الشهادة له لا عليه قاله في التبصرة. **(والظنين)** أي

زوجة) يشهد لزوج أمه **(وعكس)** وهو شهادة الرجل لابن زوجته **(ذا)** أي منع الشهادة **(اتبع)** في هذين أيضاً **(و)** في **(والدي زوجة)** بأن يشهد الرجل لزوج ابنته أو المرأة لزوج بنتها **(أو زوجة أب)** بأن تشهد لربيبها، وهو ابن زوجها. وتقدم منع شهادة الربيب لزوج أمه، ومثل هؤلاء من كان في معناهم في تأكيد القرب كالأب مع ابنته والبنت مع أبيها أو أمها إلى آخر ما مرّ فالمدار على قوة التهمة كما قال **(وحيثما التهمة حالها غلب)** وقد تحصل التهمة بالعداوة بين الشاهد والمشهود عليه **(كحالة العدو)** فلا تقبل شهادته على عدوه إذا كانت العداوة بينة ولم تكن دينية فتقبل شهادة المسلم على

المتهم في شهادته كالحارص على قبول شهادته المشار إليه بقوله (خ) ولا إن حرص على القبول كمخاصمة مشهود عليه مطلقاً أو جربها كشهادته على موروثه المحصن بالزنا أو قتل العمد ليقتل فيرثه أو دفع بها كشهادة بعض العاقلة بفسق شهود القتل وكشهادة الملاطف لملاطفه إن لم يكن مبرزاً أو شهادة البدوي لحضري أو شهادة كل من العدلين لصاحبه للتهمة على اشهد لي وأشهد لك على ما عند اللخمي، وينبغي اعتماده وإن كان (خ) درج على جوازها أو تزكية من شهد لمن لا تجوز شهادته له كأبيه مثلاً المشار إليه بقول (خ) ومن امتنعت له لم يزك شاهده ولم يجرح شاهداً عليه الخ. ونحو ذلك مما تكفل به (خ) وغيره (و) من ذلك شهادة **(الخصم)** على خصمه **(والوصي)** بمال ليتيمه لاتهامه على قبضه وظاهره ولو عزل نفسه وهو كذلك لأنه ليس له ذلك بعد التزامه النظر. اللهم إلا أن يشهد لرشيد ملك نفسه، فتجوز شهادته له لانتفاء التهمة وما ذكره هو مذهب المدونة وهو المعتمد، ورُوي جوازها وشهره الباجي، وفي الكافي أنه هو الصواب، وأما عكسه وهو أن يشهد على يتيمه فجائز إن كان عدلاً وأفهم قوله الوصي إن المشرف تجوز شهادته لليتيم وهو كذلك إذ لا تلحقه تهمة. **(والمدين)** لرب الدين وظاهره كان المدين معسراً أم لا. وقيده (خ) بالإعسار فقال عاطفاً على الموانع أو المديان المعسر لربه، والمراد معسر في نفس الأمر لا أنه ثابت العسر، وإلا جازت. وظاهره أيضاً عدم الجواز ولو شهد له بغير المال كالقصاص والقذف، وهو كذلك لأن المديان كما قال مطرف كالأسير في يد رب الدين وظاهره أيضاً كظاهر (خ) عدم الجواز سواء حل الدين أو قرب حلوله أم لا. وهو ظاهر اللخمي وابن شاس وابن الحاجب قال ابن رحال في شرحه: وهو الحق لأنه الجاري على ما ذكروه في بيوع الآجال من اعتبار التهمة، ولو لم يقرب الأجل، وقيد في الشامل المنع بالحلول أو قربه ونحوه لشراح (خ) وأصله لابن رشد والباجي، وأما شهادة رب الدين للمديان بمال فتمتنع كذلك إن كان المدين معسراً وحل الدين أو قرب حلوله، وإلاَّ جازت كشهادته له بغير المال كقصاص وقذف، ومن ذلك من دفع مالاً لرجلين ليدفعاه لرجل، وقال: لا تشهدا على الدفع غيركما ففعلا فشهادتهما ساقطة ولا يضمنان لأنهما مأموران بذلك قاله البرزلي. وأفهم قوله المدين أن عامل القراض تجوز شهادته لربه، وكذا العكس وسواء كان العامل ملياً أو معدماً شغل المال أم لا، وهو كذلك على ما صدر به الشامل من أقوال ثلاثة، ومما أدخلته الكاف شهادة المصلح بين الناس لأنه يتهم على إتمام فعل نفسه، وكذلك شهادة الخاطب أو السمسار إن تولى العقد كل منهما وإلاَّ جازت، لكن محل السمسار إن كانت سمسرته معلومة لا تزيد لزيادة ثمن ولا تنقص لنقصه، وفات الفسخ وإن كان قبل الفوات فلا تجوز لأنه يجر نفعاً بسبب عدم الفسخ، وأما شهادة الوزان المنصوب من القاضي للوزن بين الناس فجائزة، فإن لم ينصبه القاضي وشهد بأن وزن ما قبضه فلان كذا لم تقبل وإن شهد بأن فلاناً قبض ما وزنه جازت وإن شهد بهما فالظاهر البطلان لأن الشهادة إذا رد بعضها للتهمة ردت كلها قاله الأجهوري. وهذا كله في

الكافر أو الخفيف العداوة **(والظنين)** أي المتهم في شهادته على جرح كشهادته على موروثه المحصن بالزنا أو قتل عمداً ليقتل فيرثه أو دفع كشهادة بعض العاقلة بفسق شهود القتل ليسقط فتسقط عنهم الدية.

(والخصم) فلا يشهد على خصمه **(والوصي)** فلا يشهد ليتيمه بمال لاتهامه على قبضه **(والمدين)**

التهمة الموجودة وقت الأداء، أما الحادثة بعده فلا عبرة بها كالرجل يتزوج المرأة بعد أن شهد لها أو يخاصمه بعد أن يشهد عليه.

١٢٠ـ وَسَاغَ أنْ يَشْهَدَ الابْنُ في مَحَلْ مَعَ أبِيهِ وبِهِ جَرَى العَمَلْ

(وساغ) أي جاز **(أن يشهد)** في موضع رفع فاعل ساغ **(الابن)** وإن سفل فاعل يشهد **(في محل)** يتعلق به وكذا **(مع أبيه)** وإن علا فيثبت الحق بشهادتهما بغير يمين ولا يتهم أحدهما في إرادته إتمام شهادة الآخر **(وبه)** يتعلق بقوله: **(جرى العمل)** وهو قول مطرف وابن الماجشون، وظاهره اشتراط عدم التبريز وهو كذلك خلافاً لسحنون في اشتراطه، وما ذكره من العمل المذكور نحوه في المفيد وابن سلمون والتبصرة والقشتالي وغيرهم، وعليه درج في العمليات حيث قال:

والابن مع أبيه في محل قد يشهدان مع قول الكل

وبه وقع الحكم من الإمام المذهبي حين اختلف فقيها عصره السراج والحميدي فأفتى الأول بما قال (خ) والثاني بما للناظم، وأفهم قوله: وبه جرى العمل أن هناك قولاً آخر بعدم جواز ذلك، وأن الحق لا يستقل بشهادتهما بل لا بد من شاهد آخر أو يمين الطالب في الأموال، وهو قول أصبغ. وفي الوثائق المجموعة والمتيطية والجزيري أنه الذي به العمل وعليه اقتصر (خ) فقال: وشهادة ابن مع أب واحدة وعلة ذلك أن الأب لو شهد لابنه لم تجز، وكذلك عكسه فهما إذا شهدا معاً فكأن أحدهما زكى الآخر، وكأنه قد شهد بعضهما لبعض فلذلك صارت شهادتهما واحدة قاله في المفيد، وهذا التعليل يفيد أن مثال الأب مع الابن عند أصبغ صار في باقي القرابة الذين لا تجوز شهادة بعضهم لبعض مما مرّ إذا شهدوا لغيرهم وعليه فهل المقبول من الشاهدين واحد لا بعينه، فإذا جرح أحدهما بقيت شهادة الآخر وهو الظاهر من التعليل المذكور، واستظهره ابن رحال أيضاً أو المقبول هو الذي شهد أولاً، وهو صريح قول ابن سهل سقطت الأخيرة أي لأنه يتهم على إتمام شهادة الأول وعليه فالأول هو محل الإعذار، وإذا جرح لم تبق شهادة أصلاً، وظاهر النظم جوازها وإن لم يكونا مبرزين وهو كذلك خلافاً لسحنون كما مرّ، وفهم من قوله مع أبيه أن شهادته مع أخيه أو عمه جائزة وهو كذلك كما في ابن عرفة وفهم من قوله مع الخ. إن شهادة أحدهما عند الآخر إذا كان حاكماً أو على شهادته بمعنى أن ينقل أحدهما

لا يشهد لرب الدين وقيد بما إذا كان معسراً لأنه يخاف حبسه فتلحقه التهمة **(وساغ)** أي جاز **(أن يشهد الابن في محل)** أي في أمر واحد كنكاح أو بيع انعقد بشهادتهما **(مع أبيه وبه)** أي بالقول بجواز ذلك وصحته **(جرى العمل)** وهو قول سحنون ومطرف، وفيه إشعار بأن هناك قولاً آخر بعدم جواز ذلك وأنه ليس به عمل وهو كذلك وهو قول أصبغ، وعليه فتلغى شهادة أحدهما وتعتبر واحدة وعلى هذا اقتصر (خ) إذ قال: وشهادة ابن مع أب واحدة ككل عند الآخر حيث يكون قاضياً أو على حكمه أو شهادته ونزلت مسألة الابن مع أبيه في زمن السراج والحميدي فأفتى الأول بما في المختصر والثاني بما لابن عاصم ورفعت النازلة للسلطان المذهبي فخرج الحكم بما لابن عاصم وعليه العمل إلى الآن.

عن الآخر أو على حكمه إذا عزل أو شهادة أحدهما على خط الآخر لا تجوز، وهو أحد قولين وعليه اقتصر (خ) حيث قال: ككل عند الآخر أو على شهادته أو حكمه الخ. لكن قال ابن ناجي في شرح المدونة: أفتيت بجوازها على خط أبيه اهـ. وفتواه هذه تؤذن بترجيح القول بالجواز في الجميع إذ لا فرق بين هذه الصور، نعم شهادة كل منهما عند الآخر يترجح فيها المنع لما فيها من التعديل المتفق على منعه.

١٢١ـ وَزَمَنُ الأداءِ لا التَّحَمُّلِ صَحَّ اعْتِبَارُهُ لِمُقْتَضٍ جَلِي

(**وزمن الأداء**) مبتدأ وهو كما لابن عرفة إعلام الشاهد الحاكم بشهادته بما يحصل له العلم بما شهد به اهـ. فالمصدر مضاف للفاعل والحاكم مفعوله والمجرور بعده يتعلق بإعلام سد مسد المفعول الثاني والثالث، وباؤه للتعدية والباء الثانية تتعلق بإعلام وهي للتعدية أيضاً أو سببية وما واقعة على ألفاظ الأداء وهي بدل من شهادته، ويحصل بالتضعيف صفة لما أو صلة، وفاعله ضمير يعود على ما والعلم مفعوله والباء الثالثة تتعلق بالعلم، والمراد به الظن لأنه الذي يحصل للحاكم بسبب الشهادة والضمير في له يعود على الحاكم، والتقدير أن يعلم الشاهد الحاكم بأنه يشهد بكذا بلفظ يحصل للحاكم العلم بما شهد به، والأقرب أن المجرور الثاني يتعلق بمحذوف جواب سؤال مقدر، وكأنه لما قال: إعلام الشاهد الحاكم بشهادته قيل له بأي شيء يكون الإعلام المذكور؟ فقال: بما أي بلفظ يحصل له العلم الخ قال: وفي النوادر عن أشهب قوله للقاضي هذه شهادتي أداء لها قال: والأظهر أن الإشارة المفهمة في ذلك تكفي وتقدم عند قوله: ومن يزك فليقل الخ. أن الأداء لا يختص بلفظ: أشهد على الراجح ثم إن القاضي لا يقول للشاهد عند الأداء أشهد بكذا لأنه تلقين، وإذا نسي فلا بأس أن يذكره الآخر لقوله تعالى: ﴿إن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى﴾ [البقرة:٢٨٢] أي إن تنس إحداهما الخ وإن اتهمهما القاضي بالغلط فلا يفرق بينهما لئلا يرعب الشاهد ويختلط عقله خلافاً لما في المفيد قاله الشارح في الفصل بعد هذا، ولا يكتفي القاضي في الأداء من العوام بقوله: هذه شهادتك، فيقول الشاهد: نعم بل حتى ينص شهادته نصاً لا احتمال فيه ولا إجمال، والمراد بالعامي غير العالم بما تصح به الشهادة، ولا بد من سؤاله أيضاً عن كيفية علمه ومستنده في تلك الشهادة لأن غير العالم بما تصح به إنما يكتب في الغالب جرياً على المساطير، وإن لم يكتب فأحرى لأنه حينئذ لا يعرف ما في الرسم والمعتبر في الأداء أن يكون عند القاضي لا عند المبرزين إلا في اللفيف على ما عليه عملهم من استفساره عند المبرز كما مرّ، وفي البرزلي عن ابن سهل أن شهادة

(**وزمن الأداء**) وهو إعلام الشاهد الحاكم بشهادته بما يحصل له العلم بما يشهد به في النوادر. عن أشهب قوله للقاضي: هذه شهادتي أداء وتكفي الإشارة المفهمة (**لا**) زمن (**التحمل**) لأنه إذا تحملها كافراً أو عبداً أو صبياً أو فاسقاً ثم أداها عند القاضي وهو بخلاف هذه الصفات (**صح اعتباره لمقتض جلي**) أي ظاهر وهو أن الشهادة إنما تظهر فائدتها ويعمل بمقتضاها بالأداء، ومتى لم تؤد فهي كالعدم، فلذا اعتبر زمن الأداء لا زمن التحمل، والتحمل تحصيل علم ما يشهد به بسبب اختياري وهو مأمور به شرعاً (خ) والتحمل إن افتقر إليه فرض كفاية والله سبحانه أعلم.

الاسترعاء إذا تأخرت عن وقت تحملها فلا ينقلها إلا من حفظه، وجرت عادة القضاة اليوم أنه يقرأ الوثيقة ثم يطلب الشاهد بالحفظ. **(لا)** زمن **(التحمل)** معطوف على المبتدأ أي لأنه إذا تحملها كافراً أو صبياً أو عبداً أو فاسقاً ثم أداها عند القاضي وهو بخلاف هذه الصفات أو تحملها عدلاً ثم أداها فاسقاً **(صح اعتباره)** فاعل بصنح، والجملة خبر المبتدأ **(المقتض)** يتعلق بصح **(جلي)** صفة له أي ظاهر فيعمل بشهادته في الأولى وتلغى في الثانية، وذلك لأن روح الشهادة وثمرتها هو أداؤها، ومتى لم تؤد فهي كالعدم، فلذا كانت شروط الشهادة كلها ما عدا العقل إنما تشترط حال الأداء لا حال التحمل كما مرّ أول الباب. ابن عرفة: والتحمل تحصيل علم ما شهد به بسبب اختياري وهو مأمور به شرعاً لأنه فرض كفاية إذ لو تركه الناس كلهم لضاعت الحقوق، وأما كونه كفاية فلأن الغرض يحصل بالبعض فإن لم يوجد من يقوم به غيره كان فرض عين ولو فاسقاً لأنه قد يحسن حاله عند الأداء، ويجوز أن ينتفع على التحمل بأجرة ونحوها دون الأداء لأنه فرض عين (خ) فإن انتفع فجرح وأشعر قوله علم أنه لا يجوز مع غيره من شك أو وهم، وقد يكون قطعياً، وقد يكون غلبة ظن كما يأتي في قوله: وغالب الظن الخ. فالمراد بالعلم ما يشمل الظن والاعتقاد وهو العزم على الشيء والتصميم عليه والنية التي هي إرادة الفعل متأخرة عنه لأنه يعزم على أن ينوي قاله (تت) في شرح الرسالة وخرج بقوله بسبب اختياري علمه دون اختيار كمن قرع سمعه صوت مطلق فإنه لا يسمى تحملاً، وإنما يكون فرض كفاية إن كان المشهود فيه أمراً جائزاً أو مندوباً أو واجباً وإلاَّ فيكره في المكروه ويحرم في المحرم، فإن فعل زاد في الوثيقة والأمر بينهما محمول على ما يصححه الشرع منه أو يبطله، ومن العلماء من أجازه في المحرم بقصد أن يرد.

قلت: وهو الظاهر لأن عدم تحمله إبطال الحق القائم بفسخه انظر (ح) وما مر من جواز الأجرة على التحمل. قال ابن عرفة: به استمر العمل وتكون معلومة بما اتفقا عليه من قليل أو كثير ما لم يكن المكتوب له مضطراً للكاتب لقصر القاضي الكتب عليه أو لكونه لم يجد بذلك الموضع غيره، فيجب على الكاتب أن لا يطلب فوق حقه فإن فعل فهو جرحة فإن لم يسميا شيئاً فهو عندي كهبة الثواب فإن أعطاه أجرة المثل لزمه وإلا كان مخيراً في قبول ما أعطاه وتمسكه بما كتب له إلا أن يتعلق بذلك حق للمكتوب له فيكون فوتاً ويجبر على أجرة المثل، وظاهر النظم أن الجرحة الحادثة بعد الأداء لا تضر وهو الموافق لما مر في فصل خطاب القضاة من أنه يجب تاريخ الخطاب بالأداء ليسقط التجريح بما حدث بعده، ويؤيده أيضاً ما في البرزلي والمعيار أن القاضي إذا كتب أن الرسم ثبت عنده فإنه حكم نفذ فلا تسقط شهادتهم بحدوث عزلهم بجرحة ونحوها، وهو الموافق أيضاً لما مر من أن القاضي إذا خاطب بالأداء أو بالعدالة فإن من بعده يبني على فعله وما ذاك إلا لكون الخطاب بذلك حكماً ولا يعارض. هذا قول (خ) ولا إن حدث فسق بعد الأداء الخ. لإمكان أن يكون هذا فيما لا خطاب فيه ولا حكم بثبوته، فتأمل ذلك إذ التوفيق بين كلام الأئمة مطلوب ما أمكن بل ظاهر النظم أيضاً أن العبرة بزمن الأداء كان الرسم أصلاً أو استرعاء. وفي الشارح أول الباب أن الأصل يعتبر فيه تاريخ التحمل للشهادة لا تاريخ أدائها قال: ولا عبرة بتاريخ الأداء إلا في مسألة حل الأصل بإثبات العداوة بين الشهود وبين المحكوم عليه الخ. فيستفاد منه أن الجرحة الحادثة بعد تاريخ التحمل إن كانت الشهادة أصلية

لا تضر، وبهذا تعلم أن الواجب في العدول المنتصبين للشهادة إذا قيدوا شهادة أصلية ثم طرأ فسقهم بعد تقييدها وقبل أدائها أو بعده أن لا يسقط الحق المشهود به كما مرّ عند قوله. وحقه إنهاء ما في علمه. الخ وإلا دخل الضرر على أرباب الحقوق لكونهم تحصنوا لحقوقهم عند من أمروا بالتحصين عنده من المنتصبين لتحمل الشهادة والله أعلم.

فصـــل في مسائل من الشهادات:

ذكر فيه جواز شهادة المختفي والشهادة على الخط والرجوع عن الشهادات والنقص والزيادة، وحكم إعادة الشهادة بعد كتبها وأدائها وما يتعلق بذلك.

١٢٢ـ وَيَشْهَدُ الشَّاهِدُ بالإِقْرَارِ مِنْ غَيْرِ إِشْهَادٍ عَلَى المُخْتَارِ

(ويشهد الشاهد بالإقرار) يتعلق بمحذوف حال أي ويشهد الشاهد بالحق على المقر معتمداً على إقراره الصادر منه **(من غير إشهاد)** وقوله: **(على المختار)** يتعلق بيشهد وما ذكره هو الذي به العمل كما في المفيد وابن سلمون وغيرهما، وظاهره كان الحق مالياً أو بدنياً كان الشاهد فقيهاً استفتاه المقر فيما لا ينوي فيه أم لا. كان الشاهد مختفياً بحيث لا يراه المقر أم لا. وهو كذلك في الجميع لكن

١٢٣ـ بِشَرْطِ أَنْ يَسْتَوْعِبَ الكَلاما مِنَ المُقِرِّ البَدْءَ والتَّمَامَا

(بشرط أن يستوعب) الشاهد **(الكلاما)** مفعول بالفعل قبله **(من المقر)** يتعلق بذلك الفعل أو بمحذوف صفة للكلام **(البدء والتماما)** بدلان من الكلام أي أوله وآخره والألف واللام في الكلام والتمام معاقبة للضمير، وهذا الشرط يعتمد عليه الشاهد فقط. والوثيقة مقبولة إن لم ينص عليه فيها وكان من أهل العلم فإن لم يكن من أهل العلم فينبغي استفساره، وإنما اشترط

فصـــل

ذكر فيه كيفية تحمل الشهادة وإعادتها والشهادة على الخط والنقص والزيادة فيها والرجوع عنها، والتحمل إن افتقر إليه فرض كفاية، وقيده ابن رشد بما إذا كان المشهود فيه جائزاً أو مندوباً أو واجباً فإن كان مكروهاً فالشهادة عليه مكروهة أو محرماً فالشهادة عليه حرام. وفي حديث البخاري: «لا تشهدني على جور». وقال المهلب: فيه من الفقه أن الإنسان لا يضع اسمه في وثيقة لا تجوز، ومن العلماء من رأى جوازه بقصد أن يرد. قال ابن المنير: يريد لا يضع خطه في وثيقة ظاهرها الجواز مع أن الباطن ممنوع، فإن فعل زاد فقال: والأمر بينهما في ذلك محمول على ما يصححه الشرع منه أو يبطله، وقيل بجواز ذلك بقصد أن يرد، وأما كيفية التحمل فهو ما أشار إليه بقوله: **(ويشهد الشاهد بالإقرار)** على من سمعه يقر على نفسه بما يلزمه فيه حق مالي أو بدني دون أن يقول له: اشهد علي بذلك وهو معنى قوله: **(من غير إشهاد على المختار)** ولكن **(بشرط أن يستوعب)** للشاهد **(الكلاما من المقر البدء والتماما)** أي من أوله إلى آخره لأنه إذا لم يستوعب الكلام كله قد يفوته شيء لو سمعه لم يشهد عليه لما تضمنه من نقض أوله لآخره. قال ابن القاسم: سمعت مالكاً يقول فيمن مرّ برجلين يتكلمان في أمر فسمع منهما شيئاً ولم يشهداه، ثم طلب أحدهما تلك الشهادة

هذا الشرط لأنه إذا لم يستوعب الكلام قد يفوته شيء لو سمعه لم يشهد عليه، إذ قد يقول له سراً، ما الذي عليك إن جئت بكذا، فيقول لك عندي كذا ويسمع الشاهد الجواب فقط ونحو ذلك، فلا يشهد حتى يحيط بسرهم وجهرهم اهـ. ويقي شرط آخر وهو أن لا يكون المقر مخدوعاً ولا خائفاً قاله ابن المواز، وإنما تركه الناظم لأنه شرط في كل شهادة لا في خصوص الشهادة بالإقرار، ومع ذلك لو أنكر الضعيف الجاهل الإقرار جملة لزمته الشهادة وإنما يصدق مع يمينه إذا قال: إنما أقررت لما ذكر من الخوف والخداع ونحوهما. ومثل الإقرار الذي هو موضوع المصنف الإنشاء كما لو سمع رجلاً يطلق زوجته أو يقذف رجلاً، وظاهره أيضاً أنه يشهد عليه بما سمع منه ولو قال له قبل ذلك: لا تشهد عليَّ بما تقول وهو كذلك فعن مالك في الرجلين يقولان للعدل لا تشهد علينا بشيء، فإنا تقاررنا بأشياء من أمرنا لا ندري أيتم ذلك بيننا أم لا. فيتكلمان ثم يعترفان ويسأله أحدهما الشهادة بما سمعه منهما قال: لا أرى أن يعجل بالشهادة فإن أقرا أو جحدا شهد بما سمعه منهما، ومقابل المختار مروي عن مالك أنه لا يشهد عليه حتى يشهده، ومفهوم قوله: من غير إشهاد أنه إذا أشهده جازت الشهادة عليه اتفاقاً، ويكتب الموثق حينئذ أشهد فلان بأن قبله لفلان كذا ليتخلص من الخلاف وهي حينئذ أصلية ولا تضع علامتك فيها إن كان المشهود عليه ممن يظن أنه لم يحط فيما فيها علماً أو أن يكون مخدوعاً حتى تقرأها عليه، وإن قال لك قبل ذلك ما فيها هو حق أمياً كان أو قارئاً قاله في التبصرة، وأما في غير موضوع المصنف فهي استرعائية وتصدر وثيقتها بأقر أو أعترف لدينا أو بحضرتنا ونحو ذلك، ولا بد فيها من معرفة المشهود عليه أو له أو التعريف بهما أو وصفهما والوصف هو الذي عمل به الموثقون والتعريف ضعيف كما في المعيار والبرزلي، ثم إذا وصفه لا يحكم عليه حياً كان أو ميتاً حتى يثبت أن تلك الصفات من صفاته، ولا بد في الاسترعائية من قوله: لدينا أو بحضرتنا كما مرّ، وإن كان الدين من بيع قالوا: باع منه كذا وكذا بحضرتنا أو بإقراره عندنا بالبيع وقبض المبيع، فإن سقط من الوثيقة لفظ لدينا أو بحضرتنا أو قبض المبيع في البيع لم تعمل الشهادة حتى يبينوا ذلك فإن تعذر استفسارهم بأن غابوا أو ماتوا سقطت كما تسقط إذا لم يتعرضوا لمعرفة ولا تعريف ولا صفة وتعذر أداؤهم على عينه، ولم يكونوا من أهل الضبط

قال: لا يشهد له. قال ابن القاسم: إلا أن يستوعب كلامهما من أوله إلى آخره إذ قد يكون قبله أو بعده كلام يبطله. قال في المفيد: وبه العمل ومثل الإقرار الذي هو موضوع المصنف الإنشاء ففي المدونة قال مالك: وإن سمع رجل رجلاً يطلق زوجته أو يقذف رجلاً فليشهد بذلك، وإن لم يشهده وعليه أن يخبر بذلك من له الشهادة ويشهد في الحدود بما سمع إن كان معه غيره. ابن يونس: خوف أن يقول المقذوف كذبت، وإنما عرضت أنت بقذفي فيحده ويدخل في كلام الناظم مسألة المختفي الممثل بها للحرص على التحمل ففي الموازية قيل لمالك فرجل لا يقر إلا خالياً هل أقعد له في موضع لا يعلم للشهادة عليه؟ قال: لو أعلم أنك تستوعب أمرهما ولكن أخاف أن تسمع جوابه لسؤاله، ولعله يقول له في سر: ما الذي عليك لو جئتك بكذا؟ فيقول: لك عندي كذا، فإن قدرت أن تحيط بسرهم فجائز. محمد: إذا لم يكن المشهود عليه مخدوعاً أو خائفاً. التوضيح: المشهور أن الاختفاء للشهادة لا يضرها وهو قول مالك وعامة أصحابه ومقابله إما مبني على أنه لا يشهد

والتحفظ وإلاَّ قبلت، فإن سئل الشاهد عمن عرفه بالمشهود عليه فلا يعينه، وسؤاله عنه جهل من القضاة فإن عين شخصه بطلت لأنها صارت كالنقل وان عين جنسه ففي أجوبة ابن رشد أن الشاهد إذا قطع بمعرفة المشهود عليها ثم بعد ذلك قال: إنه لم يعرفها وإنما عينها له حين الإشهاد عليها امرأة وثق بها أن الشهادة عاملة إذا كان هو الذي ابتدأ سؤال المرأة المعرفة لأن ذلك من باب الخبر اهـ. فيفهم منه أن تعيين الجنس غير مضر فانظره.

١٢٤ـ وَمـا بِـهِ قَـدْ وَقَـعَـتْ شَـهـادَهْ وَطُـلِـبَ الـعَـودُ فَـلا إعـادَهْ

(وما) مبتدأ موصول واقعة على الحق وجملة **(به قد وقعت شهادة)** صلتها والمجرور بالباء يتعلق بوقعت أو شهادة هو الرابط **(وطلب)** بالبناء للمفعول **(العود)** نائبه وأل فيه عوض عن الضمير وهو اسم مصدر بمعنى إعادة، والجملة معطوفة على الصفة **(فلا)** نافية للجنس **(إعادة)** اسمها والخبر محذوف أي: والحق الذي وقعت شهادة به سواء كتبت وأديت أو كتبت فقط أو أديت فقط وطلب من الشاهد إعادة الشهادة به معتذراً بضياع الرسم وشبه ذلك فلا إعادة جائزة، وظاهره سواء طلب إعادة الكتابة والأداء معاً أو إعادة الأداء فقط برسمه أو بدونه عند القاضي الأول أو عند غيره وهو كذلك لئلا يتكرر الحق على المطلوب، وهذا فيما يمكن فيه التكرار كالدين والوصية والكتابة والجراح ونظمها بعضهم فقال:

دين وصية كتابة دما لا نسخ في رسومها قد علما

على أنه لا مفهوم لهذه الأربع، بل كذلك الوديعة والقراض المقبوضان بإشهاد، وكذا البضاعة والقطاعة المقبوضان به أيضاً فضابط المنع كل ما يخشى فيه التكرار، وأما ما لا يخشى فيه ذلك كرسوم الملكيات المشتملة على التصرف وعدم النزاع ورسوم البيع للأصول ونحوها بالعقد ونحو ذلك فتجوز إعادة كتبه وأدائه لكن في الأداء برضا الشاهد إذ لا يلزمه الأداء مرتين لقوله

حتى يقول المشهود عليه اشهد عليّ وهو قول لمالك، وأما على أنه لا يرى الاختفاء يضر **(وما به)** أي والحق الذي **(قد وقعت)** به **(شهادة وطلب العود)** أي ثم جاء المشهود له، وزعم أن الرسم قد ضاع له وطلب منك أيها الشاهد أن تعيد له كتباً، وكذا إن كنت أديتها ثم جاء بالرسم وسأل منك أن تعيد الأداء عند القاضي الأول أو غيره **(فلا إعادة)** لما يخشى في ذلك من تكرر الحق على المطلوب كالدين والوصية والجراح وقد نظمها بعضهم فقال:

دين وصية كتابة دما لا نسخ في رسومها قد علما

ولا مفهوم لهذه الأربع بل ضابط المنع كل ما يخشى فيه تكرر الحق فالمنع مقيد بذلك. وظاهره ولو كان الطالب لذلك مأموناً وهو قول ابن الماجشون: وزاد، فإن جهلوا وشهدوا بذلك قضى به، وقال مطرف: بل يشهدون بما حفظوا إن كان الطالب مأموناً وإن لم يكن مأموناً فقول ابن الماجشون: أحب إلي وقد استوفى المسألة الزقاق حيث قال:

ومن ينبغي تكرير كتبك رسمه لزعم ضياع أو أداء فأهملا

وإلا وقد وديت تمضي مطرف إذا كان مأموناً فكرر وإلا فلا

فرع: إذا أدى الشاهد شهادته لا يلزمه أن يعيد الأداء مرة أخرى لا عند القاضي الأول

تعالى: ﴿ولا يضار كاتب ولا شهيد﴾ [البقرة: ٢٨٢] إلا أن يكون في الرسم إجمال أو إبهام فيلزمه تفسيره كما في المعيار وكما لا تعاد الشهادة فيما يخشى فيه التكرار كذلك لا تعطى النسخة من رسمه مسجلة على القاضي، كما أشار له ناظم العمل:

والحكم بالنسخة مشروط بأن تقوى العدالة وحال من فطن
لكن رسم الدين والوصية محتمل التكرار والتدمية

وظاهر النظم أنه إن أعادها لا يقضي بها سواء أعادها جهلاً أم لا كان المشهود له مأموناً أم لا. وهو كذلك خلافاً لابن الماجشون في أنه يقضي بها إن أعادها جهلاً، ولمطرف في أنها تعاد للمأمون فقط، وقد سئلت عمن ادعى على شخص بدين من سلف فقال المطلوب: لا حق له قبلي فاستظهر برسم تضمن أنه أسلفه مائة وحازها بالمعاينة، وأنه كتب له بذلك رسماً، وزعم الآن ضياعه فأعيدت له الشهادة بذلك، فأجبت بأن الطالب لا ينتفع بما استظهر به مع فقد أصله لإمكان كون المطلوب مزق الرسم عند أداء ما فيه وسواء ادعى القضاء أو أنكر الدين رأساً كما يقتضيه كلام الكافي وغيره، وقد قال العقباني وغيره: لا يعمل على النسخة إن كان الأصل مما لا يصح نسخه كالدين والوصية ونحوهما لئلا يتكرر التقاضي وإعادة الشاهد شهادته نسخ لها في الحقيقة، وقول ابن الماجشون: إن جهلوا وأعادوا قضى بها مقابل للمشهور بدليل ما مرّ عن العقباني، ويدل أيضاً على كونه مقابلاً قول المشهور يقضي بأخذ المدين الوثيقة أو تقطيعها كما في (خ) إذ لو كان رب الدين ينتفع بالإعادة لم يكن لأخذ المدين الوثيقة أو تقطيعها فائدة وما لا فائدة فيه يمتنع القضاء به، وفي حديث ابن عمر: أرى أن تشق الصحيفة فجعل شقها إبطالاً للحق كما في مسائل ابن الحاج ولو عمل بما لابن الماجشون لم تحصل لغريم أبداً براءة إذ عوائد الناس تمزيق الرسوم عند أداء الديون كما هو مشاهد قديماً وحديثاً، ولا يستطيع أن يردهم عن ذلك إلى كتب البراءة حاكم ولا غيره، وما قيل من أن العمل على كتب البراءة دون التقطيع إنما هو عند التنازع فيما يظهر. أعني: إذا طلب أحدهما التقطيع وطلب الآخر الكتب لا فيما بعد الوقوع مع كون العادة جارية بالتقطيع والله أعلم. ووافقني على ذلك مفتي فاس في حينه شيخي سيدي محمد بن إبراهيم وغيره.

١٢٥ـ وشاهدٌ بُرِّزَ خطُّهُ عرفْ نسيَ ما ضمَّنَهُ فيما سلفْ

(وشاهد) مبتدأ سوغ الابتداء به الوصف بقوله: **(برز)** وبقوله: **(خطه عرف)** وبقوله: **(نسي ما ضمنه)** وفاعل الأفعال الثلاثة ضمير مستتر يعود على الشاهد، وما واقعة على القصة، ويجوز أن تكون الجملتان الأخيرتان معطوفتين على جملة برز بحذف العاطف، ولكن المعطوف على

ولا عند غيره لأنه ضرر به والله تعالى يقول: ﴿ولا يضار كاتب ولا شهيد﴾ [البقرة: ٢٨٢] إلا أن يكون في الرسم إجمال قاله في الفائق والمعيار. ثم تكلم على الشهادة على الخط وهي ثلاثة أقسام. الأول: شهادة الشاهد على خط نفسه وإليها أشار بقوله: **(وشاهد برز)** انظر من اشترط التبريز في ذلك **(خطه عرف. نسي)** هو أي الشاهد صاحب الخط **(ما ضمنه)** بخطه من الشهادة **(فيما سلف)** يعني أن الشاهد إذا عرف خطه في الوثيقة وفي الشهادة أي العلامة والشكل الذي يوضع عوضاً عن تسمية الشاهد نفسه أو الشهادة فقط ونسي ما تضمنته الوثيقة ووقعت عليه الشهادة، فإنه يعتمد على

الوصف وصف فهو راجع للمعنى الأول (فيما سلف) يتعلق بما قبله يليه وما الثانية واقعة على الزمان، يعني أن الشاهد إذا عرف خطه في الوثيقة، والشكل الذي يكنى به الشاهد عند تسمية نفسه أو في الشكل فقط ونسي القضية التي تضمنتها الوثيقة في الزمان السالف.

١٢٦ـ لا بُدَّ مِنْ أَدائِهِ بِذَلِكْ إلاَّ مع اَسْتِرَابَةٍ هُنَالِكَ

(لا بد من أدائه) عند القاضي **(بذلك)** المعنى الذي تضمنته الوثيقة معتمداً على خطه أو شكله جازماً بذلك غير ذاكر للقاضي أنه نسي القصة. والجملة من لا وخبرها خبر المبتدأ، ومعنى لا بد لا محالة ولا فرار أي لا تخلص موجود من أدائه، وإذا أدى فإنه يقضى بها كما هو ظاهره إذ لا فائدة للأداء إلا ذاك، وظاهره أيضاً أنه يقضي بها، ولو ذكر للقاضي أنه نسيها وهو كذلك على ما يظهر من التعليل بكثرة النسيان اليوم وهو الظاهر من نظم العمل الآتي، وهو المروي عن مالك في الموطأ، فينبغي أن يعتمد وإن كان في الشامل صحح أنه إذا ذكر له أنه نسيها لزمه ردها وعدم القضاء بها، وعزاه في ضيح لمطرف وابن الماجشون واقتصر عليه ابن سلمون **(إلا)** إن أدى **(مع)** وجود **(استرابة)** من محو أو بشر لم يعتذر عنه **(هنالك)** أي في الرسم ظرف مكان يتعلق باسترابة والسين والتاء زائدتان فإنه لا يقضي بها حينئذ لوجود الريبة زيادة على النسيان، ويفهم من عدم القضاء بها مع الريبة عدم وجوب أدائها إذ لا فائدة له، فالاستثناء من مقدر كما ترى، وما ذكره المصنف هو قول مالك المرجوع عنه، وبه قال ابن الماجشون ومطرف والمغيرة وابن وهب وابن عبد الحكم وابن دينار وابن أبي حازم، وصوبه اللخمي وغيره قائلين: لو وكل الناس اليوم إلى الحفظ لما أدى واحد شهادته ولضاعت الحقوق اهـ ولأنه لو لم يشهد حتى يذكرها لما كان لوضع شكله فائدة وعليه العمل الآن قال ناظمه:

والشاهد العارف خطه ولم يذكر شهادته أدى للحكم
إن لم يكن محو به أو ريبة وتنفع الشهادة المطلوبة

ومقابله المرجوع إليه هو مذهب المدونة أنه لا يشهد حتى يستيقن الشهادة ويذكرها، وعليه اقتصر (خ) فقال: لا على خط نفسه حتى يذكرها وأدى بلا نفع أي ذاكراً له أنه نسيها، وقيل: إن كانت الوثيقة مكتوبة بخطه فليشهد، وإن لم يكن له إلا مجرد الشكل فلا، وظاهر المصنف أنه

خطه ويؤدي شهادته عند القاضي إذا لم يكن في الرسم من محو أو بشر لم يعتذر عنه فيه، وإلا لم يشهد وهو معنى قوله: **(لا بد من أدائه بذلك)** أي بمضمن خطه.

(إلا مع استرابة هنالك) فحينئذ يمتنع من الأداء لقائم العذر من الريبة زيادة على النسيان وحيث يؤديها يحكم بها القاضي، وهو مراد المصنف. وهذا قول مالك الأول ثم رجع فقال: لا يشهد وإن عرف خطه حتى يذكرها، وبه أخذ ابن القاسم وأصبغ، واقتصر عليه (خ) فقال: لا على خط نفسه حتى يذكرها وأدى بلا نفع أي ذاكراً له أنه نسيها وبالأول أخذ عامة أصحابه مطرف وابن الماجشون والمغيرة وابن وهب وابن دينار وابن أبي حازم، واختاره سحنون في نوازله وبه العمل قال اللخمي: لو وكل الناس اليوم إلى الحفظ لما أدى واحد شهادته ولضاعت حقوق الناس، وقيل: لا تجوز ولا يؤديها ولا يحكم بها. ورابعها: يشهد إن كانت في بطن رق لا في

يؤدي سواء كان كل من الوثيقة والشكل بخط يده، أو لم يكن بخط يده إلا الشكل وحده وهو كذلك كما قررنا، لكن لا يجب عليه أداؤها في الصورتين إلا إذا تحقق من نفسه أنه لم يكتب خط مسامحة، وأما لو كان يكتب في بعض الأحيان مسامحة، ثم راجع نفسه وتاب فلا يؤدي ما يجده بخطه حتى يتحقق أنه بعد تاريخ توبته قاله عياض، وظاهر النظم أيضاً أنه لا يؤدي مع وجود الريبة من محو ونحوه ولو كان الباقي يستقل، وليس كذلك بل يؤدي بذلك المستقل ويحكم به القاضي كما مر في قوله: ويثبت القاضي على المحو وما أشبهه الخ. وأفهم قوله برز أن غير المبرز لا يؤديها وإن أداها لا يعمل الحاكم عليها، وهو كذلك إذا أقر أنه كان نسيها لأنه إذا اشترط التبريز مع التذكر كما مر عن (خ) في قوله: وذاكر بعد شك فأحرى أن يشترط مع عدمه، ولا يقال ما ذكره (خ) إنما هو فيما إذا لم تكن الشهادة مكتوبة وما هنا في المكتوبة، لأنا نقول: لا فرق بين الكتابة وعدمها عنده في الذاكر بعد الشك كما هو ظاهره كما أنهما عنده سواء فيما إذا لم يتذكرها، وأنها لا تقبل كتب أم لا. لقوله: وأدى بلا نفع فالكتابة لا أثر لها في مثل هذا إذ الخط يمكن الضرب عليه، بل هو كثير ولا تحصل الثقة بعدم الضرب إلا من المبرز لأنه هو الذي يتحراه ويتفطن للضرب وعدمه، ولذا لا يرفع على الخطوط إلا المبرز الفطن كما يأتي والله أعلم.

١٢٧ـ والْحُكْمُ في القاضِي كَمثْلِ الشَّاهِدِ وَقِيلَ بالفَرْقِ لِمَعْنَى زَائِدِ

(**والحكم**) مبتدأ (**في القاضي**) يتعلق به (**كمثل الشاهد**) خبر، والمعنى أن القاضي إذا وجد في ديوانه حكماً بخطه وهو لا يذكر القضية فإنه ينفذه ويمضيه حيث لم تكن ريبة كما أن الشاهد كذلك (**وقيل**) مبني للمفعول (**بالفرق**) نائب عن فاعله (**لمعنى**) يتعلق بقيل (**زائد**) صفة لمعنى ومعموله محذوف أي زائد فيه أي في القاضي، وهو أنه كان قادراً على أن يشهد على حكمه عدلين بخلاف الشاهد، فقد فعل مقدوره فهو معذور، وأيضاً فإن القاضي هو المنفذ لما تضمنه

ظهره أو في كاغد لسهولة البشر. وخامسها: إن كانت الوثيقة بخطه. (**والحكم في القاضي**) يجد في ديوانه حكماً بخطه ولا يذكر القضية (**كمثل الشاهد**) فينفذه ويمضيه حيث لم تكن ريبة (**وقيل بالفرق**) بينه وبين الشاهد (**لمعنى زائد**) فيه وهو أنه كان يمكنه أن يشهد على حكمه عدلين بخلاف الشاهد إذ فعل مقدوره.

تنبيه: قال الشارح: ومن تبعه اعتمد الناظم في حكاية الخلاف في مسألة القاضي على ما حكاه ابن المناصف عن أهل عصره وما ذكره بعده من التفرقة بين الشاهد والقاضي وفيه نظر، فإن الخلاف المستفاد من كلام ابن المناصف على الوجه المذكور إنما هو قبول كتب القاضي إلى قاض بمجرد معرفة خطه. هذا الذي فيه عمل أهل عصره، وما رواه عن المذهب، وأما مسألة القاضي يجد في ديوانه حكماً بخطه فليس عنده فيه إلا أنه لا يجوز ولا ينفذ. ونص ما نقله عن ابن المناصف وإن كان فيه بعض الطول قال ابن المناصف: اتفق أهل عصرنا في البلاد التي ينتهي إليها أمرنا على قبول كتاب القاضي في الأحكام والحقوق بمجرد معرفة خط القاضي دون إشهاد على ذلك ولا خاتم معروف ولا يستطيع أحد صرفهم عنه فيما أظن، مع أني لا أعلم خلافاً في مذهب مالك أن كتاب القاضي لا يجوز بمجرد معرفة خطه، بل قولهم في القاضي يجد حكماً في ديوانه بخطه وهو

خطه ولا يرفع الأمر إلى غيره بخلاف الشاهد فإنه يرفع للقاضي شهادته وينهى إليه ما عنده منها ومع ذلك لا يثبت الحق بشهادته وحده، بل لا بد من يمين أو شاهد ثان قاله ابن منظور.

تنبيه: اعترض الشارح وغيره كلام الناظم بأن الخلاف المستفاد من كلام ابن المناصف على الوجه المذكور إنما هو في قبول كتب القاضي إلى قاض بمجرد معرفة خطه، هذا هو الذي حكى فيه الخلاف بين أهل عصره وأهل المذهب كما تقدم في خطاب القضاة، وأما مسألة القاضي يجد في ديوانه حكماً بخطه فليس عنده إلا عدم جواز التنفيذ قولاً واحداً قال: ولا يتخرج فيه القول بالتنفيذ من الخلاف في الشاهد يتيقن خطه، ولا يذكر الواقعة لعذر الشاهد في الجملة إذ ذاك مقدوره، والقاضي كان قادراً على الإشهاد على حكمه اهـ باختصار. فمسألة القاضي يجد حكماً في ديوانه بخطه دون أن يذكره ليس فيها قول بالتنفيذ دون إشهاد لا نصاً ولا تخريجاً، وإنما الخلاف في قبول كتاب القاضي بمجرد معرفة خطه كما مرّ وقد أصلحه (ت) بقوله:

والحكم في القاضي بعكس الشاهد فـلا يـنـفـذ لـمـعـنـى زائـد

١٢٨ـ وخَطُّ عَدْلٍ مَاتَ أَوْ غَابَ اكْتُفي فِيهِ بِعَدْلَيْنِ وفي المالِ اقْتُفِي

(وخط عدل) مبتدأ ومضاف إليه **(مات)** في موضع الصفة لعدل **(أو غاب)** معطوف على مات، ومراده غاب ببعد كما صرح به بعد في قوله وفي مسافة القصر الخ. **(اكتفي)** مبني للمفعول خبر المبتدأ **(فيه)** يتعلق به وهو على حذف مضاف **(بعدلين)** نائب فاعل اكتفى أي: اكتفى القاضي في ثبوته بعدلين يشهدان أنهما نظرا إلى الوثيقة أعلاه مثلاً وحروفها أو شكلها المختومة به فتحققا أنها بخط فلان لا يشكان في ذلك، وأنه مات أو غاب ببلد كذا أو جهل محله وبه قيدا شهادتهما الخ. وهذه الشهادة على الكيفية هي ظاهر النظم وهي معنى قول (خ) إن عرفه كالمعين وهي كافية حيث كان ذو الخط معروفاً بالعدالة عند القاضي أو غير معروف، وعدله عنده

لا يذكر أنه حكم به أنه لا يجوز له إنفاذه إلا أن يشهد عنده بذلك الحكم شاهدان ولا إن وجده القاضي المولى بعده، فإنه لا يعمل به ولا يتخرج القول بعمله بتيقنه بخطه دون ذكر حكمه به من الخلاف في الشاهد بتيقن خطه بالشهادة بالحق، ولا يذكر موطنها لعذر الشاهد في الجملة إذ هو مقدور كسبه، والقاضي كان قادراً على الشهادة على حكمه اهـ. فهما مسألتان مسألة العمل بكتاب القاضي بمجرد معرفة خطه ويتحصل فيها القولان، ومسألة وجوده هو حكماً في ديوانه بخطه دون أن يذكره، وهذه ليس فيها قول بأنه يعمل به دون إشهاد لا نصاً ولا تخريجاً كما قاله ابن المناصف، وعليه فكان على الناظم أن يقول:

والحكم للقاضي بعكس الشاهد فـلا يـنـفـذ لـمـعـنـى زائـد

القسم الثاني: الشهادة على خط الميت أو الغائب وإليه أشار بقوله: **(وخط عدل مات أو غاب)** ببعد وهو مسافة القصر أو ما يدرك فيه الشاهد مشقة **(اكتفى فيه بعدلين)** يشهدان على الخط الواحد أو أكثر فيشهد عدلان على خط أو خطوط في رسوم متعددة إن عرفاه كالمعشين وأنه أوقعها في حال العدالة وقبول الشهادة ولم يزل على ذلك في علمه إلى أن مات أو إلى الآن إن كان غائباً ولا يشترط إدراك صاحب الخط لإمكان معرفته دون صاحبه قاله ابن عبد السلام، وهل يشترط معرفة أنه كان

غير الشاهد بخطه فإن لم يعدله أحد ألغيت شهادته. والحاصل أن من لم يعرف عدالة ذي الخط لا يشهد إلا بمعرفة خطه خاصة، ثم إن احتاج القاضي فيه إلى تعديل عدل وإلاّ فلا، وليس من تمام التعريف التعرض للتعديل كما هو ظاهر ابن سلمون والفائق وغيرهما لأن التعديل مما يستند فيه القاضي إلى علمه، فإن أراد الشاهد بالخط تعديل صاحبه لمعرفته بحاله زاد بعد قوله: لا يشك في ذلك ما نصه: وإنه كان حين إيقاعه لها ووضعها فيه من أهل العدالة وقبول الشهادة، واستمر على ذلك في علمه إلى أن مات أو إلى أن غاب، وكذا إن عدله غير الشاهد بخطه. وهذا معنى قول (خ) وتحملها عدلاً أي ووضعها في حال العدالة، وإنما اشترط هذا لئلا يكون وضعها وهو فاسق ولو كان حياً لم يؤدها، وإنما اشترط الاستمرار على العدالة لئلا يكون قد طرأت جرحته، ففي اختصار المتيطية قال مالك: لا تجوز الشهادة على خط الشاهد ومعرفة عدالته حتى يقول الشاهد بخطه: إنه كان في تاريخ الشهادة عدلاً ولم يزل على ذلك حتى توفي احتياطاً من أن تكون شهادته سقطت لوجه ما ونقله (ح) وغيره اهـ.

وقوله: ولم يزل على ذلك الخ. ظاهر كلام غير واحد كصاحب الشامل وشراح المختصر والمتيطي في باب الحبس وابن سلمون وابن عرفة أنه شرط صحة. وقال ابن رحال في شرحه: لعله شرط كمال فقط لأن العدالة إذا ثبتت فالأصل بقاؤها، ويدل لذلك قوله احتياطاً لأن الاحتياط يدل على عدم الوجوب اهـ. وفيه نظر، فإن الرفع بمنزلة أداء الشاهد المرفوع على خطه، وهو إذا طرأ عليه فسق قبل الأداء كان جرحة فيه فلا بد حينئذ من قولهم واستمر على ذلك في علمهم حتى مات الخ. ولأن الشاهد لا يعمل بشهادته حتى يذكر اقتفاء علمه بالمبطل لها كما مرّ في خطاب القضاة. وظاهر قوله: ولم يزل على ذلك الخ. أنه يسوقها مساق القطع، وليس ذلك بل على العلم فقط كما مرّ، وهل لا بد أن يشهد الشاهد بالخط أو غيره أن المشهود على خطه كان يعرف من أشهده معرفة عين لئلا يكون قد شهد على من لا يعرف، ولا سيما وقد غلب تساهل الناس في وضع شهادتهم على من لا يعرفون. وهذا قول ابن زرب وصحح ودرج عليه (خ) في قوله: وإنه كان يعرف مشهده أو لا يشترط ذلك وهو ظاهر النظم وكلام المتقدمين. ابن رشد: وهو الصواب وبه العمل لأن ذا الخط يحمل على أنه لم يضعها إلا عن معرفة وإلا كان شاهداً بزور والغرض أنه عدل، وهذا إذا كانت الوثيقة المشهود على خطها خالية من المعرفة والتعريف والوصف، وإلاّ فلا يشترط ذلك اتفاقاً، وظاهر النظم أنه لا يشترط إدراك صاحب الخط وهو كذلك على ما به العمل، ونقله في المعيار عن اللخمي وغيره قالوا: ولو تكرر عليه خطه وعلمه بالتواتر حتى لا يشك فيه صح أن يشهد أنه خطه لأنه إذا تكرر وطال حصل العلم به كما نقطع بخطوط قوم ماتوا، وما أدركناهم الخ. وفي نوازل البيوع ما نصه: إذا كان الشاهد معروفاً بالشهادة في ذلك البلد وتكررت منه في الوثائق جاز لمن عنده العلم بها أن يحييها، وإن لم يعاصره اهـ. وعليه عول ناظم العمل حيث قال:

يعرف مشهده أولاً لاستلزام العدالة إياه؟ قولان. نعم لا بد أن يكون فطناً عارفاً بالخطوط ممارساً لها، ومفهوم عدل أن غير العدل لا يشهده على خطه ثم قيل: إنما يعمل بالشهادة على الخط فيما يجوز فيه الشاهد واليمين فقط، وقيل في الحقوق المالية والأحباس القديمة، وإليه أشار بقوله:

ورفع عدلين على خطوط من ... عاصر أو سواه من أهل الزمن

وقيل: لا يرفع على خطه إلا من رآه يكتب علامته على الرسوم في تلك الوثيقة أو غيرها. وقول الناظم: خط أي سالم من الريبة كمحو وكشط ونحوهما بدليل قوله: إلا مع استرابة الخ. لأنه إذا اشترط في خط نفسه فأحرى في غيره، وقوله: عدل أي منتصب للشهادة لأن الغالب إطلاقه عليه، وإلاَّ فلا يرفع على خطه، ولو كان مشهوراً بالعدالة لأن العادة أن الناس إنما يتوثقون في الرسوم من المبرزين المنتصبين لا من غيرهم. قاله العبدوسي وعليه عول ناظم العمل حيث قال:

وارفع على العدول خط العادة ... إذ غيرهم لا يكتب الشهادة

وأما غير العدول وهو الفاسق فلا معنى للرفع عليه. وقوله: عدلين أي: فطنين عارفين بالخطوط ممارسين لها فحذف الصفة في هذا وفي الذين قبله فلا يقبل الرفع من مطلق العدول، وظاهر قوله: اكتفى فيه بعدلين أن القاضي لا يكتفي بمعرفته، بل لا بد من الرفع، وإلا كان قاضياً بعلمه وهو كذلك على ما مرَّ في خطاب القضاة ولا ينافي هذا ما مرّ في أول التقرير من أن القاضي إذا عرف عدالة الغائب أو الميت فيعمل عليها لأن ذلك بعد التعريف له بالخط، وظاهر النظم أنه لا يمين على المشهود له لضعف الشهادة وهو كذلك، لكن لا يقضي له إلا بعد الاستثناء والتثبت كما في التبصرة لضعف الشهادة، وأما يمينا القضاء والاستحقاق فلا بد منهما. ومفهوم قوله عدلين أن الرفع بالواحد لا يكفي وهو المنصوص، وجرى العمل بالاكتفاء بالواحد ولو تعدد الخط دون يمين قاله في الفائق، وبه أفتى المجاصي وغيره قيل وهو مما لا يساعده نص ولا تجريح. وعن الشيخ برذلة أن الاكتفاء بالواحد من باب الخبر قال: هكذا تلقيت ذلك من شيخنا ابن سودة وغيره ونحوه. نقله بعض عن فتوى الشيخ (م) قائلاً أنه بمنزلة المقوم والقاسم والمخبر بالعيب فكما يرجع لأهل الصنائع في صنعتهم كذلك يرجع لأهل الخط في الإخبار بأن هذا خط فلان اهـ. وانظر ما يأتي عند قوله وواحد لجزئي في باب الخبر وما في (ت) من أن الاكتفاء بالواحد هو قول أشهب كما في التبصرة تحريف وقع في نسخته، والذي في النسخ المخلطة باللام والله أعلم. وفهم من قوله: مات أو غاب الخ. أن الحاضر لا يرفع على خطه وكذلك الغائب غيبة قريبة على أقل من مسافة القصر، لأن امتناع الشاهد من أداء شهادته مع حضوره أو قرب موضعه ريبة فيها قاله في ضيح.

تنبيهات الأول: ما تقدم عن (خ) والمتيطي وغيرهما من أنه لا بد أن يقول الشاهد أنه وضعها في حال العدالة ولم يزل على ذلك إلى موته الخ. هو المنقول المنصوص لغير واحد كالإمام وغيره كما رأيته، وذكر ناظم العمل أن العمل جرى بعدم اشتراطه فقال:

وشاع في الرفع الشهادة على ... موت برسم ما عليه عولا

إلى قوله:

فإننا نعرف خطهم ولا ... نعرف من أحوالهم ما جهلا

ونقل كلام ابن سودة فقال: علم حال الشاهد وقت شهادته من عدالة وجرحة والاستمرار على ذلك من المتعذر، فإنا نشهد على خط من قبلنا ولا ندري هل كان عدلاً حين الشهادة، وهل

استمر على ذلك أم لا اهـ؟ قال ابن رحال في شرح المختصر: وفي هذا العمل نظر، ثم قال وقوله: لم يزل على ذلك الخ. لعله شرط كمال إلى آخر ما مرّ. وقوله: فيه نظر أي لكونه مخالفاً للمنصوص والعمل لا بد له من موافقة قول.

الثاني: لا بد للرافع على الخط من تسمية نفسه ووضع علامته ليتمكن الخصم من الإعذار فيه كما تقدم.

الثالث: لا يجوز الرفع إلا على الخطوط المعروفة التي لا يقدر على الضرب عليها قاله في المعيار ونحوه لابن عرضون قائلاً: إذا كانت العلامة يمكن الضرب عليها من الفجار لعدم قوة تشكيلها، فلا يجوز لحاكم أن يقبل الرفع عليها لأن الشك يتطرق إليها وحيث يتطرق سقط الحكم اهـ بالمعنى.

الرابع: لا بد أن يكون الخط المرفوع عليه حاضراً لأن الخط عين قائمة فلا بد من الشهادة على عينه عند القاضي قاله ابن عبد السلام وغيره. وعليه نبهنا بقولنا في الوثيقة نظراً إلى الوثيقة أعلاه الخ لأنها إذا لم تكن حاضرة كانت هي المسألة المعبر عنها بمعاينة الرسوم وهي لا تفيد خلافاً لأبي الحسن في قوله: لا يشترط الحضور.

الخامس: إذا تعارضت الشهادتان في أنه خطه وغير خطه فالمثبتة أولى من النافية قاله ابن زيتون.

السادس: إذا لم يضع ذا والخط علامته فلا يرفع عليه لأنه ربما كتب ولم يتم الأمر قاله البرزلي عن الطرر.

قلت: وتأمله مع ما يقع كثيراً من عدول فاس يقيدون الحقوق حتى يتفرغون لكتابتها، ثم يطرأ موت قبل الكتابة.

ولما كانت الخطوط تتشابه قال بعضهم: لا تجوز على الخط في شيء من الأشياء لأنه قد يحصل غلط للعقل بذلك، وعزاه الباجي للمشهور، وقيل: إن الغلط نادر، وعليه فهل تجوز فيما يجوز فيه الشاهد واليمين فقط أو فيه وفي الأحباس القديمة وإلى الثاني أشار بقوله: **(وفي المال)** يتعلق بقوله: **(اقتفي)** بالبناء للمفعول ونائبه يعود على الاكتفاء المفهوم من اكتفي» والجملة مستأنفة أي وأتبع الاكتفاء بعدلين في المال وما يؤول إليه فقط.

١٢٩ـ وَٱلْحَبْسُ إنْ يَقْدُمْ وقِيلَ يُحْتَمَلْ فـي كـلِّ شَـيْءٍ وَبِـهِ جَـرَى الْـعَـمَـلْ

(و) قيل: يكتفي بهما في ذلك وفي **(الحبس أن يقدم)** شرط حذف جوابه للدلالة عليه، والواو هنا بمعنى أو لتنويع الخلاف كما قال ابن الهندي، وبجوازها في الأموال والأحباس جرى العمل قال: ويلزم من أجازها في الأحباس أن يجيزها في غيرها لأن الحقوق عند الله سواء وكما قال ابن حارث: العمل بجوازها ولا أرى أحداً فرق بين الأحباس وغيرها ونحوه في أحكام ابن سهل عن مولى ابن الطلاع وهو معنى قوله: **(وقيل يحتمل)** مبني للمفعول ونائب

(وفي المال اقتفي والحبس إن يقدم) قاله ابن الهندي، وبه كان العمل قديماً **(وقيل يحتمل)** أي

الثاني يعود على الاكتفاء أي يعتمل الاكتفاء بها **(في كل شيء)** ولو حداً أو طلاقاً أو نكاحاً **(وبه)** يتعلق بقوله: **(جرى العمل)** بقرطبة زمن ابن حارث، واستمر إلى زمن الناظم وزماننا.

١٣٠ـ كَذَاكَ فِي الْغَيْبَةِ مُطْلَقاً وَفِي   مَسَافَةِ الْقَصْرِ أُجِيزَ فَاعْرِفِ

(كذاك) خبر لمبتدأ محذوف أي العمل الآن به كذلك **(في الغيبة)** يتعلق بالاستقرار **(مطلقاً)** حال أي كان المشهود به مالاً أو غيره، وأعاد هذا مع استفادته من قوله: أو غاب الخ لإفادة شرطها الذي هو مسافة القصر فأكثر كما قال: **(وفي مسافة القصر)** يتعلق بقوله **(أجيز)** ونائبه يعود على الاكتفاء المذكور، ويجوز أن يكون النائب في اقتفى ويعتمل وأجيز ضميراً يعود على الشهادة المضافة لعدلين في التقدير لأن المعنى اكتفى فيه بشهادة عدلين على خطه على حد قوله: ولا أرض أبقل إبقالها.

(فاعرف) أمر حذف مفعوله أي فاعرف ذلك وهو تتميم وما ذكره من التحديد بمسافة القصر هو قول ابن الماجشون. ابن منظور: وبه العمل عن ابن عبد السلام، والأحسن قول سحنون عدم التحديد إلا بما تنال الشاهد فيه مشقة والقاضي يعلم ذلك عند نزوله قال: وجرت العادة عندنا أن اختلاف عمل القضاة يتنزل منزلة البعد وإن كان ما بين العملين قريباً لأن حال الشاهد يعلم في بلده وعند قاضيه لا في غير ذلك وفيه مع ذلك ضعف فإن الذي يشهد على خطه كالناقل عنه، فلا بد أن يعدله أو يكون معلوماً عند القاضي.

يعمل بها **(في كل شيء وبه جرى)** الآن **(العمل)** كزمان الناظم قال في المفيد قال ابن حارث جرى العمل من القضاة ببلدنا يعني قرطبة بإجازة الشهادة على خط الشاهد ولا أعلم أحداً من أهل العلم فرق في ذلك بين الأحباس وغيرها في حال من الأحوال اهـ. وقيل: لا تجوز في شيء من الأشياء وزعم الباجي أنه المشهور وهو معارض بقول ابن رشد: لم يختلف في الأمهات المشهورة قول مالك في إجازتها وإعمالها، **(كذاك)** تجوز الشهادة على الخط **(في الغيبة)** للشاهد **(مطلقاً)** في المال وغيره وهذا كله تكرار مع قوله أو غاب، وإنما أعاده ليفيد قدر الغيبة بقوله: **(وفي مسافة القصر أجيز فاعرف)** قاله ابن الماجشون. قال ابن منظور: وبه العمل، وقال أصبغ: مثل إفريقية من مصر ومكة من العراق. ابن عبد السلام: والأحسن قول سحنون عدم التحديد إلا بما تنال الشاهد فيه مشقة يعلم ذلك عند نزوله وجدت العادة عندنا أن اختلاف عمل القضاة يتنزل منزلة البعد، وإن كان ما بين العملين قريباً لأن حال الشاهد يعلم في بلده وعند قاضيه لا في غيره وفيه مع ذلك ضعف، فإن الذي يشهد على خطه كالناقل عنه فلا بد أن يعدله أو يكون معلوماً عند القاضي اهـ.

فرع: سئل أبو الحسن عن شهيدين نظرا وثيقة وحفظا مضمونها وعرفا خطها وعدالة صاحب الخط وضاع الرسم هل يعمل بشهادتهما وتكون إحياء له أو لا؟ فأجاب: بأنه يعمل بها إذ لا فرق بينه وبين رفعهما على خطها مع جهل القاضي به قاله في المعيار، ثم قال: وفي ابن عرفة والمتيطي ما يناقض هذه الفتوى وهو الصحيح الذي لا يلتفت إلى غيره وهو المعبر عنه بأن معاينة الرسوم لا تفيد. تنبيه: جرى العمل بثبوت خط الميت والغائب بشهادة عدل واحد دون يمين. قيل: وهو رواية في الخلاف، وفيه نظر فإن الذي في الجلاب ثبوته بالشاهد واليمين. نعم في التبصرة لابن فرحون ما نصه: مسألة ويكتفي عقد أشهب في ثبوت الخط بشهادة رجل واحد اهـ. من الباب الرابع عشر من القسم الثاني.

١٣١ـ وكَاتِبٌ بِخَطِّهِ ما شاءَهُ   وماتَ بَعْدُ أَوْ أَبى إمْضاءَهُ

(**وكاتب**) مبتدأ سوغ الابتداء به عمله في قوله: (**بخطه**) وقوله: (**ما شاءه**) مفعول لكاتب وجملة شاءه صلة ما وهي واقعة على حقوق الغير من ديون وأمانات وطلاق ونحوها. والجملة في قوله: (**ومات بعد**) معطوفة على كاتب أي بعد أن كتب ما ذكر مات وأنكر ذلك وارثه (**أو**) لم يمت وأنكر هو أن يكون خطه و(**أبى إمضاءه**) مفعول بقوله أبى، والجملة معطوفة على كاتب أو على مات.

١٣٢ـ يُثْبِتُ خَطَّهُ ويَمْضِي ما اقْتَضى   دُونَ يَمِينٍ وبِذَا اليَوْمَ القَضَا

(**يثبت**) بضم أوله وفتح ثالثه مبني للمفعول (**خطه**) نائب والجملة خبر (**ويمضي**) بالبناء للمفعول ونائبه قوله (**ما**) وهي موصولة صلتها (**اقتضى**) والعائد محذوف أي يمضي الحق الذي اقتضاه خطه، ويجوز بناؤه للفاعل أي يمضي القاضي المفهوم من السياق ما اقتضاه خطه (**دون يمين**) على الطالب. والظرف يتعلق بيمضي (**وبذا**) خبر والإشارة للحكم المذكور في قوله: يمضي دون يمين (**اليوم**) يتعلق بالمبتدأ الذي هو (**القضا**)ء لأنه المشهور (خ) وجازت على خط مقر بلا يمين اهـ. وقيل: لا بد من اليمين وهما روايتان ومنشؤهما هل يتنزل الشاهدان على خطه منزلة الشاهدين على الإقرار أو منزلة الشاهد فقط لضعف الشهادة على الخط فلا يمين على الأول، ولو قام بالخط شاهد واحد فهل يحلف الطالب معه ويستحق أو تبطل شهادته؟ روايتان أيضاً مبنيتان على الاحتياج مع الشاهدين إلى اليمين فلا تقبل أولاً فتقبل مع اليمين. وفي التبصرة عن صاحب الطرر أن الصواب عدم الحكم بها اهـ. ولابن رشد لم يختلف قول مالك في قبول شهادة الشاهد الواحد على الخط مع اليمين ونحوه لابن يونس، فهذا أقوى مما في الطرر انظر شرحنا على الشامل، وظاهر ما به العمل في المسألة التي قبل هذه أنه يثبت خطه هنا بغير يمين أيضاً، وظاهر النظم أنه يقضي بالشهادة على الخط، ولو كان بالغبارى أو غيره كالمعبر عنه برسم

القسم الثالث: الشهادة على خط المنكر أنه خطه فيلزم بما تضمنه من الإقرار وإليه أشار بقوله: (**وكاتب بخطه ما شاءه**) مما أقربه من دين أو أمانة أو غيرهما (**ومات بعد**) وأنكر ذلك وارثه (**أو**) لم يمت وأنكر هو أن يكون خطه و(**أبى إمضاءه. يثبت خطه**) بشهادة عدلين (**ويمضي ما اقتضى**) أي يحكم به (**دون يمين**) على المشهور (خ) وجازت على خط مقر بلا يمين (**وبذا اليوم القضا**)ء وقال ابن الحاجب: ولا يحلف على الأصح التوضيح ومنشأ الخلاف هل يتنزل الشاهدان على خطه منزلة الشاهدين على الإقرار فلا يمين أو منزلة الشاهد فقط لضعف الشهادة على الخط فلا بد من اليمين؟ فلو قام له شاهد واحد على خط المقر ففي ذلك روايتان. إحداهما أنه يحلف معه ويقضى له، والأخرى أنه لا يحكم له بذلك اهـ. بناء على الاحتياج مع الشاهدين إلى اليمين فلا تقبل شهادة الواحد أولاً فتقبل مع اليمين. وذكر في التوضيح أنه يحتاج إلى يمينين يمين مع شاهده ويمين ليكمل السبب اهـ. وليس بظاهر لأن قبول الواحد مفرع على أنه لا يمين مع الشاهدين، وحينئذ فليس إلا يمين واحدة تقوم مقام الشاهد لتكميل النصاب وهو الذي يقتضيه كلام ابن هارون في اختصار المتيطية.

الزمان، ولو لم يضع علامته عليه وهو كذلك كما في المعيار وفي الشامل، ولو كتب ذكر حر على نفسه بخطه ولم يكتب شهادته أي علامته فهو إقرار فإن كتبها يعني الشهادة أي العلامة بأقوى أي فهو أقوى في الإقرار اهـ. فإن كانت الوثيقة مكتوبة بخط غيره والعلامة مكتوبة بخطه، فالظاهر أنه ليس بإقرار، ولو كتب الحق على أبيه وأقر أن شهادته فيه، وزعم أنه كتبها بغير حق أو أنكرها فشهد عليه فقيل يؤخذ بالحق لأن مال أبيه لما صار إليه فكأن الشهادة على نفسه، واختاره ابن حبيب وقيل: لا يؤخذ بالحق إلا بإقرار وبغير خطه وبشهادته. ابن رشد: وهو أقيس قاله في ضيح ومفهوم قوله يثبت خطه أنه إذا لم يثبت أنه لم يقض عليه بشيء وهل يجبر حينئذ المطلوب على الكتابة ويطول عليه فيها بحيث لا يمكنه استعمال غير خطه لتقابله بالخط الذي عند الطالب، أو لا يجبر؟ قولان للخمي وعبد الحميد، واستظهر ابن عرفة الثاني ورجح بعض الشيوخ الأول كما في التبصرة.

تنبيه: ما مرّ من جوازها في الطلاق محله كما لابن رشد إذا كتب الزوج بخطه أنه طلق زوجته وأرسل ذلك إليها أو إلى رجل يعلمها بذلك، فيحكم لها حينئذ بطلاقه إذا شهد على خطه عدلان، وأما إن لم يخرج الكتاب من يده فلا يحكم لها به إلا أن يقرّ أنه كتبه مجمعاً على الطلاق أي أو ينص فيه على أنه أنفذه كما قال في نوازله أيضاً في مسألة العتق ونصه: وأما إن كان دفعه أي الكتاب إلى العبد أو كان قد نص فيه على أنه أنفذه على نفسه فالشهادة على خطه يعني في حياته أو بعد موته عاملة كالشهادة على خطه بالإقرار بالمال قال: وفي قبول قوله إنه كتبه غير مجمع على الطلاق بعد إنكاره كتبه خلاف اهـ. ويفهم منه أنه إذا كتب الطلاق بخطه ولم يخرجه من يده أنه إذا مات ترثه ولو كان انقضت عدتها على تاريخ الكتاب، وإنما يبقى النظر فيما إذا أشهد بطلاقها وكتبه بعدلين ولم يعلمها بذلك حتى مات، ووجد الكتاب والطلاق بائن أو خرجت من العدة وهي معه في المصر أو بحيث يمكنه إعلامها، والذي في حفظي أنها ترثه مع جهل محل النص الذي وقعت عليه بإرثها إياه في الوقت، وكثيراً ما يفعله بعض الفجار فراراً من أن ترثه والله أعلم.

١٣٣ـ وامْتَنَعَ النُّقْصَانُ والزِّيَادَهْ   إلاَّ لِمَنْ بَرَّزَ في الشَّهَادَهْ

(**وامتنع النقصان**) فاعل على حذف مضاف أي قبول النقصان (**والزيادة**) معطوف عليه (**إلا**) استثناء (**لمن**) موصولة واللام بمعنى من كقوله:

لنا الفضل في الدنيا وأنفك راغم   ونحن لكم يوم القيامة أفضل

والمستثنى منه محذوف أي من كل أحد إلا ممن (**برز**) بفتح الراء وتشديدها صلة من (**في الشهادة**) يتعلق به كأن يشهد بعشرة لزيد على عمرو أو بربع في دار ثم بعد أدائه شهد بأنها خمسة

فرع: فلو لم يوجد شاهد وطلب المدعي أن يكتب المدعى عليه ويقابل بما عنده فقال المازري: اختلف فيه شيخان أفتى عبد الحميد بعدم جبره، وأفتى اللخمي بجبره وأن يطول تطويلاً لا يمكنه فيه أن يستعمل غير خطه. ابن عرفة: وما قاله عبد الحميد أظهر.

(**وامتنع النقصان والزيادة**) أي قبولهما (**إلا لمن برز في الشهادة**) فيقبل كما لو شهد أن لزيد على

أو خمسة عشر أو بأن له النصف أو الثمن في الدار فإنها تقبل منه ويعمل على ما أدى به ثانياً إن ادعى نسيان ذلك أو لا. وظاهره كان ذلك قبل الحكم أو بعده طابقت شهادته دعوى المدعي أم لا. وهو كذلك في الزيادة فإن المدعي يحلف معه على طبق دعواه فقط، والزائد يسقط لأن المدعي لا يدعيه فيحمل على أنه قبضه ولا يفيده رجوعه عن الدعوى إلى شهادة الشاهد ومحل القضاء له بما يدعيه إذا لم يكذب الشاهد في الزيادة، فإن كذبه فلا شيء له لأنه قد جرحه كمن شهد له بشيء فصدقه في البعض وكذبه في البعض الآخر، وأما في نقصان شهادته عن الدعوى فلا يخلو إما أن يكون قبل الحكم فيحلف على طبق الشهادة فقط ويسقط ما بقي مما ادعاه وإن كان بعد الحكم فلا يسقط شيء ويغرم الشاهد النقص لأنه من الرجوع بعد الحكم إن لم يتعذر، وهذا فيما إذا زاد أو نقص بعد الأداء وإلاَّ فيعمل على ما أدى به كان مبرزاً أم لا. ومفهوم في النقصان والزيادة أن تفسير المجمل وتخصيص العموم وتقييد المطلق يقبل من الشاهد مطلقاً وهو كذلك قاله في هبات المعيار ونحوه لابن ناجي عند قولها في التخيير والتمليك، وإن قالت: اخترت نفسي سئلت عن نيتها الخ. قال: أقام شيخنا حفظه الله من قولها سئلت أن الشاهد إذا شهد شهادة مجملة فإنه يفسرها ولا يكون زيادة فيها ووقع الحكم بذلك عندنا بالقيروان اهـ. وسئلت عن نازلة من هذا المعنى وهي أن رجلاً حبس على أولاده الصغار جميع البستان في محل كذا، وأشهد بذلك ثم مات فقام من نازع الصغار، وأثبت أن المحبس كان يأكل غلته من تمر وزرع وغيرهما، واستمر على ذلك ولم ينتقل عنه إلى أن سافر السفر الذي مات فيه بقربه ومستند علمهم في ذلك المخالطة التامة والمعاينة الخ ثم قالوا في الاستفسار بعد الأداء أنهم عرفوا ذلك بالمخالطة وإقرار المحبس فأفتى من يعتد به من فقهاء سجلماسة ببطلان الحبس لأجل ما ثبت من أكله الغلة المذكورة، وأن زيادة الإقرار في الاستفسار بيان لما أجمله في المخالطة فلا تضره، وأيضاً فإن المضر هو زيادة العدد كما في الشراح. فأجبت عن ذلك بما نصه: الحمد لله من تأمل الشهادة بأكل المحبس غلة حبسه مع استفسارها علم أنها ناقصة عن درجة الاعتبار لأن لفظ المخالطة والمعاينة المؤدى به أولاً ليس من قبيل المجمل كلفظ غريم لرب الدين والمدين حتى يقبل من الشاهد في الاستفسار قصره على بعض محتملاته ولا من العام كمن الشرطية والموصولة حتى يقبل من الشاهد قصره على بعض أفراده ولا من المطلق الدال على مطلق الماهية كنحو دابة ودار حتى يقبل من الشاهد تقييده ببعض خواصه، بل هو نص في معناه الخاص الذي لا يقبل أن يفسر بغيره فذكرهم الإقرار في الاستفسار زيادة على اللفظ المؤدى به قطعاً إذ المخالطة المعاملة والمعاينة المشاهدة بحاسة البصر إذ هو مفاعلة من عاين الشيء يعاينه إذا رآه ببصره فلا يطلق

عمرو مائة ثم شهد أنها ثمانون أو مائة وعشرون، فتقبل شهادته ويعمل على ما أدى. ثانياً وغير المبرز لا تقبل منه الأولى ولا الثانية، وفي المتيطي: لا تقبل الزيادة إلا من المبرز ويقبل النقص من المبرز وغيره، وهذا كله فيما بعد الأداء وإلاَّ فالشهادة ما أدى به وتقبل من المبرز وغيره، ثم تكلم على رجوع الشاهد عن شهادته، وله ثلاث صور قبل القضاء فلا يقضي بها وتصير كالعدم وإليها أشار بقوله:

واحد منهما على الآخر، ومما تمجه الأسماع والطباع ويرد على قائله بلا نزاع قول القائل خالطه بإقراره لديه، فالمخالطة لا تدل على الإقرار لا بالمطابقة ولا بالتضمن والالتزام، فالإقرار حينئذ من الزيادة التي لا تقبل إلا من المبرز وأين هو اليوم هذا لو تمحضت الزيادة، كيف والشاهد أسند علمه أولاً إلى المخالطة والمعاينة وثانياً إلى المخالطة والإقرار، وأسقط المعاينة فقد اشتملت شهادته أولاً وثانياً على الزيادة والنقصان معاً، فإسقاطه معاينة بعد أدائه بها رجوع عنها إلى غيرها، وذلك لا يقبل من مبرز ولا من غيره وليست الزيادة في كلام الأئمة خاصة بزيادة العدد، بل فرضهم ذلك في العدد إنما هو على جهة المثال، وإلا فالزيادة كل معنى لا يصح أن يتناوله اللفظ الأول بشيء من الدلالات المذكورة، وفي المعيار عن العبدوسي الاستفسار سؤال الشاهد عن شهادته التي أداها فإن أتى بشهادته نصاً أو معنى وإن اختلف اللفظ صحت وإلاّ بطلت. وفيه أيضاً من جواب لمؤلفه فيمن شهد بعمرى وأدى بها، ولم يذكر قبول المعمر بالفتح ثم بعد الأداء ذكر أنه كان قد قبل ما نص الغرض منه إذا نص الشاهد شهادته ثانياً على نقص أو زيادة لم تتضمن شيئاً منه شهادته الأولى سواء قال: إن الزيادة والنقص من شهادته الأولى كان لنسيان أو غفلة، ولو سئلت عنه لأثبته، وإنما سكت عنه لأني اعتقدت أن السكوت عنه غير قادح أو ظننت أن الزيادة ثانياً لا يحتاج إليها أولاً وإن ذكرها ثانياً لا يذكر بالبطلان على شهادتي أولاً. فالحكم في ذلك كله قبوله من المبرز دون غيره وشهادته أولاً وثانياً ساقطة اهـ.

١٣٤ـ وراجِعٌ عنها قَبُولُهُ اعتُبِرْ ما الحكْمُ لَمْ يَمْضِ وإنْ لَمْ يَعْتَذِرْ

(وراجع) مبتدأ سوغ الابتداء به عمله في **(عنها)** أي عن شهادته **(قبوله)** مبتدأ ثان وضميره للرجوع المفهوم من راجع **(اعتبر)** بالبناء للمفعول خبر الثاني وهو مع خبره خبر عن الأول **(ما)** ظرفية تتعلق باعتبر **(الحكم)** مبتدأ **(لم يمض)** خبره أي قبول رجوعه معتبر مدة كون الحكم لم يقع هذا إذا اعتذر عن رجوعه بأن قال: اشتبه علي مثلاً وظننته أنه المشهود عليه بل **(وإن لم يعتذر)** فتسقط شهادته وتصير كالعدم ولا يلزمه غرم اتفاقاً، وإنما الخلاف في أدبه وقبول شهادته في المستقبل، ففي المتيطية إن كان مأموناً وأتى بشبهة قبل وإلاّ فلا. قال: ولا يؤدب عند أشهب

(و) شاهد **(راجع عنها)** أي عن شهادته **(قبوله)** أي قبول رجوعه، ولو قال رجوعه **(اعتبر ما الحكم لم يمض)** أي مدة كون الحكم لم يقع هذا إذا اعتذر بسهو أو نحوه؟ **(وإن لم يعتذر)** فتسقط الشهادة ولا يلزم الشاهد شيء إلا أن تكون بزنا فيحد الراجع. الصورة الثانية: أن يكون بعد الحكم وقبل الاستيفاء فلا يقبل رجوعهم ويستوفى المال لنفاقاً، وكذا الدم عند ابن القاسم، ولا ينقض الحكم إلا أن يتبين كذبهم كحياة من قتل أوجبه قبل الزنا فينقض، ولابن القاسم أيضاً مع غيره لا يستوفى الدم لحرمته ويعتبر فيه الرجوع وعلى الأول فيغرمان الدية كالمال، وبه أفتى **(خ)** الصورة الثالثة: أن يكون الرجوع بعد الحكم والاستيفاء فلم يبق إلا الغرم فيغرمان المال والدية إن لم يثبت عمدهما. عند ابن القاسم وأشهب: ولا يغرمان عند ابن الماجشون فإن ثبت عمدهما فالدية عند ابن القاسم أيضاً والقصاص عند أشهب ويعاقبان في العمد إذا لم يكن قصاص وإلى الصورتين الأخيرتين أشار الناظم بقوله:

وسحنون مخافة أن لا يرجع أحد وبه العمل. وقال ابن القاسم: يؤدب ومحله ما لم يكن الرجوع عن زنا، وإلاّ فيحد، وظاهره أنه يعتبر رجوعه قبل الحكم ولو بعد الأداء وهو كذلك إن رجع عند القاضي الذي أدى عنده اتفاقاً فإن رجع عند غيره من العدول أو عند غير قاضيه فقولان بالقبول. ابن ناجي: وبه العمل وبعدمه أفتى الغبريني، وصدر به ابن سلمون قال الحميدي: وبه العمل عندنا، وبه أفتى سيدي إبراهيم الجلالي، وظاهر هذا أنه إذا رجع عند غير قاضيه لا يعمل برجوعه ولو مات فظهر بهذا قوة هذا القول دون ما تقدم عن ابن ناجي، واقتصر عليه ناظم العمل المطلق.

قلت: وموضوع هذا الخلاف أن الراجع مقرّ برجوعه أو لم يعلم ما عنده لغيبته أو موته وإلاّ فلا يعمل برجوعه لأن الرجوع شهادة، والشاهد عليه ناقل، ويشترط في النقل أن لا يكذبه الأصل وإن كان قد علل ذلك سيدي إبراهيم الجلالي بأن تصديقهما ليس بأولى من تصديقه، ولكن التعليل بما مر أولى. وفي التبصرة لو لقي الشاهد المشهود عليه فقال له: ما شهدت به عليك باطل أو لا شهادة لي عليك فلا يضره ذلك، وإن كانت له عليه بينة إلا أن يرجع عن شهادته رجوعاً بيناً ويقف عليه ولا ينكره فإن قال له عند الحاكم أو عند إرادة نقلها عنه فذلك إبطال لها اهـ. ونحوه لابن سلمون وابن عرفة. **قلت**: وتأمله مع مالك وشراحه عند قوله: ومكن مدع رجوعاً من بينة كيمين إن أتى بلطخ، واختلف إذا أدى شهادته ثم رجع إلى القاضي وقال له: نالني من أجل شهادتي أذى، وبالله الذي لا إله إلا هو ما شهدت إلا بحق لكني قد رجعت عنها فلا تقض بها. فقيل: ليس قوله ذلك برجوع لأن الرجوع أن يكذب نفسه أو يقول: دخلني شك. وقال ابن زرب: إنه رجوع. قاله في المعيار، وليس من الرجوع من أدى شهادته ثم بعد طول لقي المشهود عليه فقال: ما شهدت عليك بشيء وكتبه له ناسياً لما أدى به أولاً قاله السجستاني في نوازله، ثم أشار إلى مفهوم قوله: ما الحكم لم يمض الخ: فقال:

١٣٥- وإنْ مَضَى الحكْمُ فَلا واخْتُلِفَا فِي غُرْمِهِ لِمَا بِهَا قَدْ أُتْلِفَا

(وإن) شرط **(مضى الحكم)** فاعل أي وقع **(فلا)** جواب الشرط أي فلا يقبل رجوعه بعد وقوع الحكم بل ينفذ ويمضي وتبطل شهادته الأخيرة التي رجع إليها **(و)** إذا أبطلت فقد **(اختلفا)** بالبناء للمفعول **(في غرمه)** بفتح الغين وضمها يتعلق باختلف **(لما)** يتعلق بغرم **(بها)** أي الشهادة يتعلق بقوله: **(قد أتلفا)** بالبناء للفاعل أو المفعول صلة ما فقال ابن الماجشون: لا غرامة لأنهما لو غرما حيث لم يتعمدا الزور لتورع الناس عن الشهادة مع كثرة الاحتياج إليها، وبه قال المغيرة وابن أبي حازم وقال مالك وابن القاسم: إذا رجعا بعد الحكم، وقيل الاستيفاء كما إذا حكم بغرم المال أو القصاص وقبل استيفائهما رجع، فإن الحاكم لا ينقض ويستوفي المال والدم ويغرمان الدية والمال للمحكوم عليه لأن العمد والخطأ في أموال الناس سواء ووافقهما أشهب وغيره في استيفاء المال دون الدم لحرمته ورجع إليه ابن القاسم أيضاً قال ابن رحال في شرحه: وهو الذي يظهر رجحانه من كلامهم ولا أقول بغيره، وعلى الأول اقتصر (خ) فقال:

(وإن مضى الحكم فلا) يقبل رجوع **(واختلفا في غرمه لما بها)** أي بالشهادة **(قد أتلفا)** فقال

لا رجوعهم وغرما مالاً ودية ولو تعمدا الزور فإن المال يستوفى ولا يقتص منهما وإنما عليهما الدية فقط في أموالهما، وأما إن رجعا بعد الحكم والاستيفاء فليس إلا غرم المال والدية وإن لم يثبت عمدهما فإن ثبت فالدية عند ابن القاسم أيضاً والقصاص عند أشهب، فقول الناظم: وإن مضى الحكم الخ، صادق بالصورتين وشمل أيضاً ما إذا تبرأ الشهود من الشهادة بعد الحكم بها وادّعوا عدم أدائها، وإن الإشكال مستعملة عليهم وجوروا القاضي فإنه لا يلتفت إليهم كما مرّ في المعيار وغيره، وتقدم عن التبصرة أن فيه قولين وبعدم النقض قال ابن القاسم لأن ذلك رجوع. وانظر هل يجري فيهم الخلاف بالغرامة وعدمها أو لا لأنهم لم يقروا بالشهادة الموجبة للغرامة، وشمل أيضاً ما إذا ثبت الرسم عند القاضي وأشهد أنه ثبت عنده وأنه حكم بإمضائه وإعماله ثم طرأت جرحة من عزل أو رجوع أو نحوهما. فالظاهر أنه حكم نفذ فلا تسقط الشهادة لأنه حكم بإنفاذه قاصداً لهذا الوجه قاله البرزلي. وقد تحصل أن الرجوع بعد الحكم وقبل الاستيفاء فيه قولان في الدم، وأما المال فيستوفى اتفاقاً من ابن القاسم وأشهب، وأما بعد الحكم والاستيفاء فقولان في الدم بالقصاص وعدمه مع العمد، وكذا في المال بالغرامة وعدمها كعدم التعمد في الدم ومحل الخلاف في استيفاء الدم ما لم يثبت كذبهم كحياة من قتل أوجبه قبل الزنا ومحله أيضاً إذا ادعى الوهم والتشبيه فإن اعترف بالزور فهو قوله:

١٣٦ـ وشاهِدُ الزُّورِ اتِّفاقاً يَغْرِمُهْ فِي كلِّ حالٍ والعِقابُ يَلْزَمُهْ

(وشاهد الزور) مبتدأ وهو كما لابن عرفة الشاهد بغير ما يعلم عمداً ولو طابق الواقع روي أنه عليه الصلاة والسلام قال: «عدلت شهادة الزور الإشراك بالله» ثلاث مرات. ويدل للحديث الكريم قوله تعالى: ﴿فاجتنبوا الرجس من الأوثان واجتنبوا قول الزور﴾ [الحج: ٣٠] الآية وهو مأخوذ من الزور وهو الانحراف كما أن الإفك مأخوذ من الإفك وهو الصرف، فإن الكذب محرف مصروف عن الواقع قاله البيضاوي. **(اتفاقاً)** أي من ابن الماجشون وغيره وهو حال من الغرم المدلول عليه بالخبر الذي هو **(يغرمه)** فالضمير المستتر يعود على الشاهد والبارز يعود على ما الواقعة على الشيء المتلف بفتح اللام في البيت قبله أي يغرم ما أتلفه حال كون غرمه متفقاً عليه في المذهب **(في كل حال)** أي كان المشهود به مالاً أو دماً عند ابن القاسم كما مر عن (خ) في قوله: ولو تعمد الخ. وقال أشهب: يقتص منه في العمد وهو أقرب لأنهم قتلوا نفساً بغير شبهة، والجار يتعلق بقوله يغرمه فإن علم الحاكم بزورهم أو بقادح فيهم أو علم مقيم البينة بكذبهما فالقصاص عليهما أو على من علم منهما. وفهم من قوله: لما بها الخ أنه إذا رجع أحدهما أو أقر بالزور غرم نصف الحق فقط لأنه لم يتلف بها إلا ذاك، فإن حكم بشهادته مع يمين الطالب فقال ابن القاسم وابن وهب: يغرم المال كله وهو المعتمد، وإن كان مبنياً على ضعيف من

القاسم وأشهب: يغرم. وقال ابن الماجشون: لا غرم. **(وشاهد الزور)** وهو كما قال ابن عرفة: الشاهد بغير ما يعلم عمداً ولو طابق الواقع **(اتفاقاً)** من ابن الماجشون وغيره **(يغرمه)** أي المال **(في كل حال)** يعني سواء كان المشهود به مالاً وفاقاً أو دماً على قول ابن القاسم. وقال أشهب: يقتص منه كما مرَّ.

أن اليمين استظهار لا كالشاهد. وقال ابن الماجشون: عليه نصف الحق لأن اليمين كالشاهد وهو معنى قول (خ) وإن رجع أحدهما غرم نصف الحق كرجل مع نساء إلى قوله: وعن بعضه غرم نصف البعض وإن رجع من يستقل الحكم بعدمه فلا غرم، فإذا رجع غيره فالجميع **(والعقاب)** مبتدأ خبره **(يلزمه)** فيطاف به في المجالس ويضرب ويسجن (خ) وعزر شاهد بزور في الملأ بنداء ولا يحلق رأسه أو لحيته ولا يسخمه ثم في قبوله تردد الخ. وبعدم القبول وإن تاب قال مالك والمتيطي: وبه العمل اهـ. فلا تصح ولاية القاضي إن قبل شهادته أو قبل شهادة الفاسق ونحوه لغير عذر، وليس من العذر خوفه من العزل إن لم يقبله كما لابن عرفة وغيره، والقاضي إذا ثبت عليه الجور أو أقرّ به أقبح من شاهد الزور فلا تجوز ولايته أبداً ولا شهادته وإن صلحت حاله وعليه العقوبة الموجعة قاله ابن عتاب وغيره.

فصل

في **(أنواع)** أي أقسام **(الشهادات)** باعتبار ما توجبه وهي المذكورة في الفصول الآتية.

١٣٧ـ ثُمَّ الشَّهَادَةُ لَدىٰ الأداءِ جُمْلَتُها خَمْسٌ بالاسْتِقْراءِ

(ثم) للترتيب الإخباري **(الشهادة)** مبتدأ **(لدى الأداء)** يتعلق بمحذوف صفة أي الحاصلة عند الأداء أما قبله فهي كالعدم **(جملتها)** مبتدأ ثان أي جملة أقسامها **(خمس)** خبر والجملة خبر الأول **(بالاستقراء)** يتعلق بجملتها أي جملتها بطريق الاستقراء أي التتبع خمس، ويحتمل أن يتعلق بمحذوف خاص حال أي جملة أقسامها حال كونها منحصرة بالاستقراء خمس لا زائد عليها، وتبع في هذا التقسيم الجزيري في وثائقه وهو باعتبار ما توجبه كما مرّ، ولابن شاس ومن تبعه تقسيم آخر باعتبار ما يكفي في المشهود فيه وسموه مراتب، فالزنا مثلاً يكفي فيه أربعة، وما ليس بمال ولا آيل إليه يكفي فيه عدلان وهكذا وكلا الاعتبارين له وجه.

١٣٨ـ تَخْتَصُّ أولاَهَا عَلَى التَّعْيِينِ أنْ تُوجِبَ الحقَّ بِلاَ يَمِينِ

(والعقاب يلزمه) حيث ظهر عليه قال مالك: إذا ظهر عليه ضرب وطيف به في المجالس ابن القاسم: يعني في المساجد محمد بن عبد العزيز: يضرب أربعين ويطاف به ابن المواز ويسجن ابن عبد الحكم ويكتب القاضي بذلك كتاباً يجعل منه نسخاً على أيدي ثقات. ابن القاسم عن مالك: ولا تقبل له شهادة أبداً وإن تاب. وعن ابن القاسم: تقبل إذا تاب وحسنت حاله، وزاد في الخير وبالأول العمل واختلف في عقوبته إذا جاء تائباً وإلا ظهر أن لا يعاقب ولا تجوز شهادته. صح من ابن هارون.

فصل

في أنواع الشهادات وأقسامها باعتبار ما توجبه **(ثم)** لترتيب الأخبار **(الشهادة لدى)** عند **(الأداء)** أما قبله فلا عبرة بها ولا توجب شيئاً **(جملتها)** أي جملة أقسامها **(خمس)** لا زائد عليها في المذهب المالكي **(بالاستقراء)** التتبع والبحث وهو المذكورة في الفصول الخمسة وتبع في هذا الصنيع الجزيري ولابن شاس وابن الحاجب و(خ) تقسيم آخر باعتبار ما يكفي منها وسموه مراتب وهي أربعة عدلان عدل وامرأتان أو أحدهما مع اليمين امرأتاه **(تختص أولاها)** أي أولى الخمس **(على**

(تختص أولاها) تأنيث أول فاعل تختص والضمير المضاف إليه يعود على خمس، والجملة بدل مفصل من مجمل (على التعيين) أي مع تعيينها للأولية لكونها توجب الحق بمجردها فاستحقت التقديم، لذلك قال عوض عن الضمير وعلى بمعنى مع كقوله تعالى: ﴿وإن ربك لذو مغفرة للناس على ظلمهم﴾ [الرعد:٦] وهي حال من أولاها أي تختص أولاها حال كونها مصاحبة لتعيينها للأولية (أن) أي بأن يتعلق بقوله تختص (توجب) بكسر الجيم (الحق) مفعول (بلا يمين) يتعلق بتوجب، والمراد بغير يمين تقوي الشهادة وتعضدها فهو على حذف الصفة فلا ينافي أنها قد تجب معها يمين القضاء حيث تكون الشهادة على ميت أو غائب أو ما في معناه من صغير أو سفيه أو مساكين أو بيت مال أو يمين الاستحقاق في غير العقار أو فيه على ما به العمل لأنها في الأولى لرد دعوى مقدرة، وفي الثانية لرد دعوى محققة إن كان المستحق من يده حاضراً وادعى خروجه عن ملك المستحق كما في ابن سلمون لأن الشهود إنما يقولونه ولا يعلمونه خرج عن ملكه ولا يلزم من نفي علمهم بالخروج عدم الخروج، وإن كان غائباً أو لم يحقق دعوى الخروج بأن جوزه فقط رجعت للقسم الأول لأنها حينئذ في مقابلة فرض دعوى صيرورة الشيء المستحق لمن ملك المستحق منه ذلك.

والحاصل أنها فيهما لمجرد رفع الاحتمال ففي الأول لرفع احتمال القضاء والإحالة ونحوهما، وفي الثاني لرفع احتمال الخروج حيث غاب أو حضر ولم يحقق دعواه لا أنها مقوية للشهادة راجعة لليمين مع الشاهد كما للشيخ (م) في شرح اللامية فإن صدقه في عدم الخروج فلا يمين ثم الشهادة التي توجب الحق بلا يمين تحتها ستة أنواع أشار لأولها بالفاء جواباً لشرط مقدر أي إن أردت معرفة ما يوجب الحق بلا يمين.

١٣٩ـ فَفِي الزِّنَا مِنَ الذُّكُورِ أَرْبَعَهْ وَمَا عَدَا الزِّنَا فَفِي اثْنَيْنِ سَعَهْ

(ففي الزنا) خبر مقدم أي ففي الشهادة برؤيته (من الذكور) حال من ضمير الاستقرار (أربعة) مبتدأ ولا بد من كونهم عدولاً واللواط مثله، وإنما اشترط فيهما أربعة لقصد الستر ودفع عار الزاني والمزني بها وأهلها اللخمي. وهذا إن شهدوا بالزنا طوعاً وإن شهدوا به على الإكراه فكذلك على حد الرجل في الإكراه وإلا كفى في ذلك رجلان لما تستحقه المرأة من المهر على الواطىء أو على مكرهه اهـ. وقوله: وإلا كفى في ذلك رجلان يريد أو أحدهما مع اليمين لأن ذلك يؤول إلى المال ثم إن كيفية الشهادة أن يأتي الأربعة مجتمعين يشهدون أنهم رأوا فرجه في

التعيين) أي مع تعيين كونها أولى واستحقاقها للتقديم لإيجابها الحق بمجردها فهي التي تستأهل أن تسمى شهادة (أن توجب الحق) المشهود بمقتضاه (بلا يمين) على المشهود وتعضدها فلا ينافي أنه قد تجب معها يمين القضاء وذلك حيث تكون الدعوى على ميت أو غائب أو ما في معناهما وفي استحقاق غير العقار لأنها في الأولى في مقابلة دعوى مقدرة، وفي الثانية لأنهم يقولون ولا نعلمه خرج عن ملكه فلا تتم الشهادة إلا بيمين المشهود له فليست لتقوى الشهادة فيهما، ثم هذا القسم تحته أنواع. الأول: شهادة أربعة وهو قوله: (ففي الزنا) أي الشهادة برؤية الزنا (من الذكور أربعة) يرونه كالمرود في المكحلة بوقت ورؤية اتحدا، فإذا تمت حدا. وهذا في الزنا طوعاً وكذا في الإكراه

فرجها أو غيب حشفته فيها في وقت واحد وموضع واحد وصفة واحدة فإن تمت هكذا حدّا سواء كانا بكرين أو ثيبين رأوه دفعة واحدة أو واحداً بعد واحد في لحظات متصلة لأن ذلك اتحاد عرفاً، وليس من تمام الشهادة زيادة قولهم كالمرود في المكحلة، بل هو تأكيد فقط كما قاله ابن مرزوق وهو ظاهر قول (خ) وللزنا واللواط أربعة بوقت ورؤية اتحدا وفرقوا فقط أنه أدخل فرجه في فرجها ولكل النظر للعورة الخ. وقيل: لا بد منها وبه قرره شراحه ثم لا يلزم من اجتماعهم عند الإتيان اجتماعهم عند الأداء لأنهم عند الأداء يفرقون فإن أتوا مفترقين أو اختلف وقت الرؤية أو موضعه كأن يقول بعضهم زنى بها في غرفة ويقول الآخرون في بيت أو صفته كأن يقول أحدهم كانت مستلقية والآخرون متكئة أو بعضهم زنيا طائعين والآخرون مكرهين أو أحدهما بطلت وحد الشهود دون المشهود عليهما. أبو عمران: يسئل شهود الزنا والسرقة فإن أبوا أن يبينوا هذه الوجوه سقطت شهادتهم وإن غابوا قبل السؤال حكم بشهادتهم، وقيل: إن كانوا من أهل العلم بما يوجب الحد وإلاَّ فلا اهـ. والأول هو الذي درج عليه (خ) حيث قال: وندب سؤالهم كالسرقة ما هي وكيف أخذت الخ. والثاني هو المعتمد كما يأتي عند قوله: وغالب الظن الخ.

ولثانيها بقوله: (وما) مبتدأ (عدا) خبر مبتدأ مضمر والجملة صلة أي والحقوق التي هي غير (الزنا ففي) عدلين (اثنين) خبر عن قوله (سعه) أي توسعة في ثبوت الحق بهما، والجملة خبر الموصول ولعمومه دخلت الفاء في خبره، وقوله: اثنين أي من الذكور بدليل البيتين بعده وأشعر قوله ففي اثنين الخ أن البائع بالدين مثلاً إذا طلب الإشهاد بأكثر وأبى المشهود عليه من الزيادة عليهما أن البائع لا يجاب وهو ما لابن رشد. وقال البرزلي: الصواب أن يجاب إذا كثر فيهم العزل لجرحة أو مطلقاً وشمل المصنف سائر الحقوق مالية أو بدنية على تفصيل في أفرادها إذ منها ما لا يثبت إلا بعدلين، ومنها ما يكفي فيه الواحد والمرأتان أو أحدهما مع اليمين، وما يكفي فيه امرأتان. وهكذا كما يأتي فمن الأول العتق والإسلام والردة والنكاح والطلاق والرجعة والنسب والتعديل والتجريح والكتابة والتدبير ونقل الشهادة فيما ليس بمال، ومنه إثبات العدم وإسقاط الحضانة وكذا الحبس والوصية لغير معينين والإيصاء كما في ابن ناجي أول أقضية المدونة، وليس منها الموت باعتبار الإرث كما يأتي في الفصل بعده ومن جعله منها فإنما يعني باعتبار اعتداد زوجته وعتق مدبره، ومنها العدة أي الخلوة الموجبة لها أو باعتبار ابتدائها في الموت، وأما في الطلاق فهي مصدقة في انقضائها، وأما دعواه هو الانقضاء في الرجعي لتسقط عنه النفقة فيكفي الشاهد واليمين فيما يظهر قاله ابن رحال، وكذا البلوغ باعتبار إقامة الحد عليه

بالنسبة لحده وإلا كفى عدلان في وجوب صداقها عليه أو على مكرهه قاله ابن عرفة. والثاني: شهادة عدلين وهو قوله: (وما عدا الزنا) أي وليس بمال ولا آيل إليه بدليل ما بعده (ففي اثنين) من الذكور (سعة) أي توسعة في الاكتفاء بهما كعتق وإسلام وردة ونكاح وطلاق ورجعة وبلوغ وولاء وعدة ونحوها، فتثبت بشهادة عدلين من غير يمين وليس منها الآجال ولا الشركة بل من النوع الثالث؛ وهو المال أو ما يؤول إليه المشار إليه بقوله:

لا باعتبار الإسهام له في الغنيمة فيكفي فيه الشاهد واليمين، وتأمل قول (خ) في الحجر وصدق إن لم يرب الخ. وكذا الولاء باعتبار المال يكفي فيه الواحد واليمين (خ) وإن شهد واحد بالولاء أو اثنان أنهما لم يزالا يسمعان أنه مولاه أو وارثه لم يثبت، لكنه يحلف ويأخذ المال الخ. وكذا الوكالة في غير النكاح ونحوه إن لم يتعلق بها حق للوكيل، فإن تعلق ككون الوكيل له دين على الموكل الغائب أو كانت بأجرة ونحو ذلك فتثبت بالشاهد واليمين كالشركة والآجال لأن الشركة مال والآجال آيل إليه وكلاهما يثبت باليمين والشاهد، وأما الوكالة في النكاح ونحوه مما ليس بمال فلا تثبت إلا بشاهدين فإن ادعى أنها وكلت وزوجها وكيلها منه وأقام شاهدين على النكاح وواحداً بالوكالة حلفت أنها ما وكلت ولا رضيت بصنعه إن كانت بموضع لا يخفى عليها فيه الأمر غالباً. وإدخال الحبس والوصية على غير معنيين في هذا القسم صحيح بالنسبة للشاهد واليمين لتعذرها من غير المعينين لا بالنسبة للشاهد والمرأتين فيثبتان بهما كما في ابن عرفة.

ولثالثها بقوله:

١٤٠ـ وَرَجُلٌ بِامْرَأَتَيْنِ يَعْتَضِدْ فِي مَا يَرْجِعُ لِلْمَالِ اعْتُمِدْ

(ورجل) أي عدل مبتدأ سوغ الابتداء به وصفه بما ذكر، وبالجملة في قوله: **(بامرأتين)** عدلتين يتعلق بـ**(يعتضد)** بفتح الياء وكسر الضاد مبني للفاعل **(في كل ما)** أي حق **(يرجع)** بفتح الياء مبني للفاعل صفة لما **(للمال)** يتعلق به والمجرور بفي يتعلق بقوله **(اعتمد)** مبني للمفعول خبر المبتدأ، وظاهره وليس بمال كالوكالة إن تعلق بها حق للوكيل كما مرّ أو لمن عامل الوكيل ببيع ونحوه، ونقل الشهادة عمن شهد بمال كما في (خ) حيث قال عاطفاً على الجائز، ونقل امرأتين مع رجل في باب شهادتهن الخ. والأجل في الثمن أو الصداق يدعيه المشتري أو الزوج ويخالفهما البائع أو المرأة سواء اختلفا في أصله أو قدره أو انقضائه لا الأجل في العتق والكتابة، فالقول للعبد في قدره وانقضائه للتشوف للحرية، وأما إن حلف بالطلاق أو الحرية ليقضين فلاناً حقه إلى أجل كذا أو ليدخلن الدار إلى أجل كذا، فزعمت المرأة أو العبد أنه قد انقضى ولم يفعل وأقاما بذلك شاهداً وامرأتين، وزعم الحالف أنه لم ينقض فلا يقضى عليه بالحنث لأن هذا من القسم الأول. نعم يحلف لرد الشهادة، وكذا لو أثبتت المرأة الطلاق والعبد العتق، وأعذر للزوج وللسيد وأنكر الأجل في ذلك فلا يثبت عليهما إلا بشاهدين وهذا ونحوه مراد من قال: إن

(ورجل) مبتدأ سوغ الابتداء به وصفه بالجملة بعده و**(بامرأتين)** متعلق بـ**(يعتضد في كل ما يرجع للمال)** متعلق بـ**(اعتمد)** وهو خبر المبتدأ وتقديره البيت، ورجل معتضد أي متقو بامرأتين اعتمد في كل ما يرجع للمال ظاهره وليس بمال كالوكالة، ونقل الشهادة عمن شهد بالمال على النكاح بعد موت الزوج أو الزوجة فيثبت الإرث، وفي معنى المصنف عكسه وهو الشهادة على المال ولكنه يؤول إلى غيره كشهادة عدل وامرأتين على سيد المكاتب يقبض نجوم الكتابة فيعتق أو على سيد أمة أنه باعها من ابنها أو زوجها فتؤدي إلى العتق والفراق، وأحرى من المصنف لو كانت الشهادة على نفس المال كالبيع أي كعشرة مثلاً من بيع كان على النقد أو الآجال والقرض والقراض وشبهها فتناول كلام الناظم نصاً ومفهوماً في هذا النوع ثلاثة أقسام. النوع الرابع: شهادة امرأتين وذلك فيما

الأجل بحسب المؤجل فيه ففي الطلاق والعتق والعفو لا يثبت إلا بشاهدين وكالخيار والشفعة ونحو ذلك مما ليس بمال، ولكن يرجع إليه ومما يرجع للمال إذا شهد رجل وامرأتان على نكاح بعد موت الزوج أو الزوجة أو على ميت أن فلاناً أعتقه أو على نسب أن هذا ابنه أو أخوه، ولم يكن له وارث ثابت النسب صحت الشهادة على قول ابن القاسم، وكان له الميراث ولم تجز على قول أشهب لأنه قال: لا يستحق الميراث إلا بعد إثبات الأصل بشهادة رجلين فإن ثبت ذلك ثم شهد واحد أنه لا يعلم له وارثاً سوى هذا جازت واستحق المال قاله اللخمي، واختصره (ق) بإسقاط التفصيل بين كونه له وارث أم لا. فأوهم كلامه خلاف المراد وما ذكره في الشاهد والمرأتين يجري في الشاهد واليمين كما يأتي في الفصل بعده، وفهم من قوله: يرجع للمال جوازها فيه ولو قارنه ما ليس بمال ولا آيل إليه كشهادة رجل وامرأتين على رجل بطلاق زوجته وتصييره داره في صداقها شهادة واحدة فتصح في التصيير دون الطلاق على المشهور من أن الشهادة إذا ردّ بعضها للتهمة رد كلها، وإن ردّ بعضها للسنة جاز منها ما أجازته السنة دون غيره، وقد ذكر في التبصرة في الباب الخامس والأربعين أمثلة وفهم منه أيضاً جوازها في نفس المال بالأحرى كعشرة من سلف أو بيع ونحوهما ومثل ما في النظم عكسه وهو الشهادة بالمال، ولكن يؤول لغيره كشهادة من ذكر للأمة بأنها أدت نجوم الكتابة أو بأن ابنها أو زوجها قد اشتراها من سيدها فتؤدي إلى العتق في الأولين وإلى الفراق في الثالث، وفهم من قوله بامرأتين أن الواحدة لا تكفي ولا بد من اليمين حينئذ. وقوله: بامرأتين أي فأكثر ولو كن مائة لتنزلهن منزلة العدل الواحد كما يأتي في الفصل بعده.

ولرابعها وهو شهادة امرأتين بقوله:

١٤١ـ وفي اثْنَتَيْنِ حَيْثُ لا يَطَّلِعُ إلاَّ النِّسَاءُ كَالمَحِيضِ مَقْنَعُ

(وفي) امرأتين **(اثنتين)** خبر عن قوله: مقنع وفي بمعنى الباء **(حيث)** ظرف مكان متعلق بالاستقرار في الخبر **(لا يطلع)** بالبناء للفاعل **(إلا النساء)** فاعله، والجملة في محل جر بإضافة حيث **(كالمحيض)** خبر لمحذوف وهو من إطلاق المفعول على مصدره كما هو أيضاً في قوله: **(مقنع)** أي قناعة كائنة بامرأتين في المحل الذي لا يطلع على المشهود به أحد غالباً إلا النساء، وذلك كالحيض والرضاع والاستهلال والولادة والحمل وإرخاء الستر وعيوب الفرج، فإن كان العيب في غير الفرج مما هو عورة ففي نفي الثوب عن محله لينظره الرجال أو يكتفي بالمرأتين؟ قولان. واقتصر الباجي على الأول وهو ظاهر النظم فيفيد أنه المعتمد، وأفهم قوله: بامرأتين أن الواحدة لا تكفي وهو كذلك إذ الواحدة لا تجوز شهادتها في شيء كما في المدونة إلا في الخلطة على القول باشتراطها في توجه اليمين، وظاهره لا تكفي الواحدة ولو أرسلها القاضي لتنظر العيب ونحوه وهو كذلك، وظاهره، بل صريحه أنه لا يمين معهما تيقن القائم بهما صدقهما

لا يطلع عليه إلا النساء كما أشار له بقوله: **(وفي اثنتين حيث لا يطلع)** على المشهود به **(إلا النساء كالمحيض)** والرضاع والولادة والاستهلال وعيوب الفرج **(مقنع)** أي قناعة واكتفاء. النوع الخامس: ما هو من باب الأخبار، وفي إدخاله في أنواع الشهادة تجوز ظاهر فيثبت فيه الحكم بواحد كما قال:

كالبكارة والثيوبة أم لا، كالحيض والولادة، وقيل: تلزم اليمين مع التيقن لأنها تحقق الدعوى بكذبه وهو المعتمد كما تتوجه عليه إذا قامت شهادتهما بأنه أرخى الستر عليهما، وأنكر هو ذلك فتحلف وتستحق الصداق وظاهر قوله: حيث لا يطلع الخ أن المولود إذا مات ودفن تجوزشهادتهما بذكوريته أو أنوثيته إذ لا يطلع على ذلك غالباً إلا النساء ويورث ويرث بالجهة التي شهدتا بها وهو كذلك على قول ابن القاسم، لكن مع يمين، وقيل: لا تجوز لأنه يصير نسباً قبل أن يصير مالاً ويورث على أنه أنثى إلا أن يكون لا يبقى أو أن أخر دفنه إلى شهود الرجال قاله أشهب وسحنون وأصبغ. ورواه ابن القاسم أيضاً. وقال أصبغ أيضاً: إن فات بالدين والطول حتى تغير ذكره، فإن كان فضل المال يرجع إلى بيت المال أو إلى رجل بعيد جازت كما قال ابن القاسم، وإن كان يرجع إلى بعض الورثة دون بعض أخذت بقول أشهب.

وسبب الخلاف أنها شهادة بغير مال لكنها ترجع إلى المال فهل هي كالمال نفسه أم لا؟ فهذا حينئذ من إفراد قوله ثانية توجب حقاً مع القسم في المال الخ. وظاهر ما مر جوازها في الولادة ولو كانت تؤول إلى العتق كما إذا قال الرجل لأمته: أول ولد تلدينه فهو حر فتلد توأمين فشهد امرأتان على أولهما خروجاً أو شهدتا بولادة أمة أنكر السيد ولادتها وقد كان أقرّ بوطئها بعدلين فيعتق أول التوأمين كما في المنتخب وتصير الأمة أم ولد كما في المدونة ثم ما مرّ من جوازها في الاستهلال محله إذا لم يقطع بكذبهما لعدم تمام خلقته، وكذا إذا شهدتا بظهور الحمل، وأنه من شهرين أو من أقل من ثلاثة أشهر أو بتحركه وأنه من أقل من أربعة أشهر وعشر لا يشكان في ذلك فإن الأمة لا ترد لبائعها بشهادتهما لأن الحمل لا يظهر ظهوراً بيناً من غير تحرك أو مع تحرك في أقل مما ذكر والموجب لسقوطها جزمهما بأنه أقل مما ذكر إذ ذاك مما لا يمكن القطع به فقولهما لا يشكان في ذلك أو تحققناه كذباً وزوراً فإن قالتا في ظننا ونحوه أو لم تتعرضا لمدته صحت ونظر، فإن كانت مكثت عند المشتري ثلاثة فأكثر في الظهور أو أربعة وعشراً في التحرك لم ترد لإمكان حدوثه وإلاّ ردت ولا ينتظر وضعها، فإن أنفش بعد ردها فلا ترد للمشتري إذ لعلها أسقطته فإن تعارضت شهادة النساء في الحمل وما معه فالمثبتة أولى من النافية إلا أن تقوى النافية قوة بينة فيما يظهر.

والخامسها بقوله:

١٤٢ـ وواحِدٌ يُجْزِىءُ فِي بابِ الْخَبَرْ وَاثْنَانِ أَوْلَى عِنْدَ كُلِّ ذي نَظَرْ

(وواحد) مبتدأ سوغه الوصف أي واحد عدل أو شخص واحد، وظاهره ولو أنثى وهو كذلك فيما تجوز فيه شهادة النساء كما إذا لم يجد من يترجم له مثلاً من الرجال غيرها في المال وما يؤول إليه أو فيما لا يظهر للرجال **(يجزىء)** خبر **(في باب الخبر)** يتعلق به، وتقديره شخص أولى ليشمل الرجل والمرأة كما مرّ وإدخال هذا النوع في أقسام الشهادة من حيث إنه يوجب الحق بغير يمين وإلاّ فليس منها **(واثنان)** مبتدأ سوغه ما مر **(أولى)** خبر **(عند كل ذي نظر)** يتعلق به

(وواحد يجزىء في باب الخبر) مما شأنه أن يشارك المخبر فيه غيره كالقائف وقائس الجرح والبيطار ومستنكه رائحة الخمر والترجمان والحائز والمحلف ومزكي السر **(واثنان أولى عند كل ذي**

والخبر ما شأنه أن يشارك المخبر به غيره كذا قيل وفيه نظر فإن الشهادة كذلك لأن الخبر أعم. قال في جمع الجوامع: الإخبار عن عام لا ترافع فيه الرواية أي الخبر وخلافه الشهادة، وقال ابن بشير: الفرق الذي بين الخبر والشهادة أن ما خص المشهود عليه فبابه باب الشهادة وكل ما عم ولزم القائل منه ما يلزم المقول له فبابه باب الخبر اهـ. والمقصود منه هنا ما اجتمعت فيه الشائبتان لأن الكلام فيما فيه النزع لا في غيره كنجاسة الماء والأعمال بالنيات، والظاهر أن ما اجتمع فيه ما ذكر محصور بالعد لا بالحد. قال في الذخيرة: المتردد بين الشهادة والخبر سبع: القائف والترجمان والكاشف عن البنيان وقائس الجرح، والناظر في العيوب كالبيطار والطبيب والمستنكه للسكران، إذا أمر الحاكم بذلك، وأما الشهادة على الشرب فلا بد من اثنين كالتقويم للسلع والعيوب والرقبة والصيد في الحج. واختلف في الحكمين فقيل: اثنان وقيل واحد لأنه حاكم اهـ. بنقل (تت) قال: وأضفت إلى ذلك المزكي على أحد القولين وكاتب القاضي والمحلف.

قلت: وذكر القرافي أول الفروق من قواعده أن من ذلك المفتي والمترجم عن الخطوط والقاسم والخارص، وكذا المخبر بنجاسة الماء وبرؤية هلال رمضان، وفي الباب الرابع عشر من التبصرة جملة وافرة من ذلك، ولما اجتمعت في هذه الأمور ونحوها شائبتا الخبر والشهادة كانت مترددة بينهما كما مرّ عن الذخيرة، فالقائف والترجمان مثلاً من حيث إن في قوليهما إلزاماً لمعين صارا كالشاهد، ومن حيث إنهما منتصبان انتصاباً عاماً لجميع الناس صارا كالراوي المخبر، وأيضاً فإنهما أشبها الحاكم من حيث إنه وجههما لذلك، وهكذا يقال في الخارص والقاسم وغيرهما من كل ما لا يباشره القاضي بنفسه، ولما كانت شبهة الشهادة أقوى في جل الأفراد أو كلها لأن الشاهد يشاركهم في الانتصاب المذكور، وإن لم يشاركهم في غيره كان الاثنان أولى كما قال الناظم: وبقوة الشبهة وضعفها اختلف الترجيح في هذه الأفراد فالمخبر عن النجاسة أشبه الشاهد في كونه أخبر عن وقوع نجس معين في ماء معين. ولما كانت حرمة استعماله لا تختص بمعين كان خبراً محضاً وكفى فيه الواحد قطعاً، ولما كان هلال رمضان فيه إلزام الصوم لمعينين موجودين في هذا الشهر دون الماضي والآتي من الشهور ترجح فيه جانب الشهادة فلا يكفي فيه غير عدلين على المشهور وهكذا. وفي المعيار عن أبي محمد أن القرى بالبوادي إذا كانت عادتهم التنبير عند رؤية الهلال فمن أصبح صائماً لذلك التنبير فصيامه صحيح قياساً على قول ابن الماجشون في الرجل يأتي القوم فيخبرهم بأن الهلال قد رؤي اهـ.

وظاهر النظم أن الواحد المذكور لا بد فيه من العدالة لذكره له في سياق من تشترط فيه، وهو كذلك ما لم تتعذر في ناظر العيب والطبيب ونحوهما (خ) وقبل للتعذر غير عدول وإن مشركين فإن قصر ووجد لذلك من لا نعرف عدالته مع وجود العدل لم يجز له الحكم بقوله، وظاهره أيضاً أنه يقبل الواحد ولو لم يوجد لذلك من قبل الحاكم وهو كذلك في نحو المفتي

نظر) في جميع ذلك ولا بد من العدالة إلا إذا تعذرت كمسألة العيوب فيقبل للعتذر غير عدول وإن مشركين لضعف هذه الشهادة بخلاف شهادة امرأتين بالاستهلال. النوع السادس: شهادة الصبيان في الجرح والقتل فيستقل الحكم بها بشروط، وإليه أشار بقوله:

ونجاسة الماء ورؤية الهلال عند من يكتفي فيه بالواحد لا في نحو الترجمان والقاسم ونحوهما فقول الذخيرة: إذا أمر الحاكم بذلك راجع للسبع المتقدمة فقائس الجرح والناظر في العيب مثلاً إنما يقبلان إذا توجها بأمر الحاكم وإلاَّ فلا بد من اثنين كما إذا أديا بعد برء الجرح أو انهدام البنيان أو دفن الأب في القافة (خ) وإنما تعتمد القافة على أب لم يدفن الخ. أو موت المعيب وتغيره أو غيبته أو عند حاكم آخر، وكذا بعد موت المترجم عنه أو المحلف بفتح اللام فيما يظهر. وقولنا: وتغيره احترازاً مما إذا مات ولم يتغير فإنه ملحق بالحي كما قال بعضهم.

قلت: ويدل له ما مر عن (خ) في القافة وظاهر إطلاقاتهم في الترجمان والقاسم يقبلان، ولو بعد إنكار المترجم عنه والمقسوم عليه كالمحلف بالكسر وإلاَّ أدى للتسلسل هذا. وفي ابن شاس ما نصه: ويشترط التعدد في المزكي والمترجم اهـ. قال (ز) بناء على أنه أي المترجم شاهد وهو المشهور وحينئذ فقول من قال: إن كلام ابن شاس فيما إذا أتى الخصم بمن يترجم عنه غير ظاهر، بل كلامه مطلق كما ترى وفي (ح) عن العمدة أن الحكم إذا كان لا يتضمن مالاً فلا يجزىء إلا بترجمة اثنين على المذهب وإلاَّ فقولان اهـ. فالترجمان مما ترجح فيه جانب الشهادة على هذا خلافاً لما في (خ) حيث قال: والمترجم مخبر هذا في ترجمان القاضي، ويشترط فيه على القولين أن لا يكون عدواً للمترجم عنه ولا قريباً لخصمه كما في التبصرة وانظر هل غيره من القاسم ونحوه كذلك وهو الظاهر أم لا؟ وعليه فإذا طلب المقسوم عليه ونحوه القدح بما ذكر أجيب وأجل له، وأما ترجمان الفتاوى والخطوط فالمراد به أن يقرأ الفتوى لمن لا يحسن الكتابة أو لا يفهم القلم الذي كتبت به أو يقول إنه خط فلان، والمراد بالمستنكه للسكران أي شام ريح فيه من نكهه كسمعه أي نشقه أي: ويجد. وقوله: كالتقويم للسلع أي السلع المتلفات ولأروش الجنايات ونحو ذلك كتقويم العرض المسروق هل بلغت قيمته نصاباً فيقطع أم لا (خ) وكفى قاسم واحد أي فيما يخبر أنه صار لكل واحد منهم لا مقوم الخ. أي: فلا بد فيه من اثنين بل ذكر ناظم عمل فاس في شرحه له أن العمل بعدم الاكتفاء بالواحد في القاسم والمخبر عن قدم العيب وحدوثه فانظره. وقوله: والعيوب والرقبة أي مع الرقبة قالوا وبمعنى مع أي المقوم للعيب مع الرقبة وقوله: واختلف في الحكمين أي في النشوز، والله أعلم.

تنبيه: قال المكناسي في مجالسه: إن القاضي يشترط على أرباب البصر بالمباني أن لا يحكموا بالحائط لأحد. وحسبهم أن يصفوه فقط بوصف يزيل الإشكال ويرفع الاحتمال، ثم ينظر القاضي بعد أداء شهادتهم فيه ويحكم اهـ.

قلت: وكذا الواقفون منهم على الحدود في الأرضين والأجنات ونحوها حسبهم أن يصفوا لأن أرباب البصر ممن لا علم عندهم في الغالب، فقد يستندون إلى دلائل ضعيفة لا تعتبر شرعاً أو معتبرة، لكنهم يأخذونها على غير وجهها، فلذا وجب أن يذكروا الدلائل التي استندوا إليها من كون العقد والقمط ونحوهما لناحية كذا، ومن كون الحاجز في الحدود هو كذا. أما قبول قولهم: ظهر لنا أن الحائط لفلان مطلقاً من غير بيان كما عندنا في هذا الزمان فمن الاستخفاف الذي لا يختلف فيه اثنان.

ولسادسها بقوله:

١٤٣ـ وبِشَهادةٍ مِن الصِّبْيانِ في جَرْحٍ وقَتْلٍ بَيْنَهُمْ قدِ اكْتُفِي

(**وبشهادة**) يتعلق بقوله اكتفى (**من الصبيان**) يتعلق بمحذوف صفة (**في قتل**) يتعلق بالاستقرار الذي تعلق به الصفة (**وجرح**) معطوف على ما قبله (**بينهم**) في محل الصفة لقتل وجرح على وجه التنازع أو محذوف من الأول لدلالة الثاني عليه (**قد اكتفي**) مبني للمفعول، ونائبه محذوف لدلالة السياق أي عن العدول. وظاهره أنه يكتفي بها من غير قسامة وهو كذلك وما ذكره من جوازها عليه أكثر أهل المدينة وهو المشهور في المذهب، وخالف ابن عباس والقاسم وسالم وقالوا بعدم جوازها وهو مذهب الشافعي وابن حنبل وأبي حنيفة رضي الله عنهم، وبه قال ابن عبد الحكم، واحتج المشهور بأنها لو كانت لم تجز لأدى ذلك إلى إهدار دمائهم مع أنهم يندبون إلى تعلم الرمي والصراع وحمل السلاح، والغالب أن الكبار لا يحضرون معهم، ولهذا لم تجز شهادة النساء وإن كن عدولاً فيما يقع بينهن من قتل وجرح في عرس وحمام ومأتم بميم مفتوحة فهمزة ساكنة فمثناة فوقية أي حزن لعدم ندبهن لذلك أي: فلا ضرورة تدعو إلى الاجتماع المذكور لأنه غير مشروع فاجتماعهن قادح في عدالتهن وإن شهدن بقتل الصبيان الذي يؤول للمال فأحرى بقتل بعضهن لأنه فيه القصاص في العمد.

ولما كانت شهادة الصبيان على خلاف الأصل لم تجز إلا بشروط أشار لأولها بقوله:

١٤٤ـ وشَرْطُها التَّمْيِيزُ والذُّكُورَه والاتِّفَاقُ في وقُوعِ الصُّورَه

(**وشرطها**) مبتدأ (**التمييز**) خبر لأن غير المميز لا يضبط ما يقول وحد سن المميز في المدونة لمن بلغ عشر سنين فأقل مما قاربها. وعن عبد الوهاب أنه الذي يعقل الشهادة وهو أخص مما في المدونة (و) ثانيها (**الذكورة**) معطوف على الخبر فلا تقبل شهادة الإناث (و) ثالثها (**الاتفاق**) معطوف على الخبر أيضاً (**في وقوع الصورة**) يتعلق بالاتفاق، فإن اختلفوا وقت تلقيها منهم سقطت كما لو قال بعضهم: قتله الصبي زيد وقال الآخر: بل الصبي عمرو، ولا إشكال في هذه إن اتحد القائل من الجانبين لعدم تمام النصاب، وكذا لو شهد اثنان أن الذي قتله فلان وقال آخران بل ركضته دابة على الصحيح خلافاً لابن الماجشون في قوله تقدم الشهادة بالقتل على الشهادة بالركض لأنها أثبت حقاً، وكذا لو قال اثنان: ضربه بعصا، والآخران بحديدة، أو قال اثنان: قتله أو شجه زيد، وقال الآخران: بل عمرو هذا ظاهره وعليه فلو لعب منهم ستة في بحر فغرق واحد منهم فقال ثلاثة من الخمسة الباقية: إنما غرقه الاثنان وعكس الاثنان فقالا: إنما غرقه الثلاثة سقطت شهادتهم لعدم الاتفاق وهو ظاهر نص (خ) الآتي أيضاً. وقيل: الدية على عاقلة الخمسة لاتفاقهم أن القتل لم يخرج عنهم، وبه صدر في الشامل ونسبه في التبصرة

(**وبشهادة من الصبيان في جرح وقتل بينهم قد اكتفى**) عن الكبار وعن اليمين معهم لإجماع أهل المدينة. قال ابن أبي مليكة: هي السنة وما أدركت القضاة إلا وهم يحكمون بها بخلاف النساء في المآتم والأعراس، فلا بد من شروط الشهادة (**وشرطها**) أي شهادة الصبيان (**التميز**). وحكى اللخمي عن عبد الوهاب كونه ممن يعقل الشهادة وهو أخص، وفي المدونة ابن عشر سنين فأقل مما قاربها (**والذكورة**) فلا تقبل شهادة البنات (**والاتفاق في وقوع الصورة**) بأن لا يختلفوا وتلقيت منهم

لمالك مقتصراً عليه في القسم الثاني وصدر في القسم الثالث بالسقوط، وبه صدر اللخمي أيضاً وقرر به (تت) وغيره كلام المختصر:

١٤٥- مِن قَبْلِ أنْ يَفْتَرِقُوا أو يَدْخُلا فِيهِمْ كَبِيرٌ خَوفَ أنْ يُبَدِّلا

(من قبل أن يفترقوا) حال من الاتفاق، وهذا شرط رابع فإن تلقيت بعد التفرق لم تقبل ولو اتفقوا **(أو)** من قبل أن **(يدخلا فيهم)** وقت القتل أو الجرح **(كبير)** أي بالغ ذكراً كان أو أنثى عدلاً أو غيره، فإن حضر معهم لم تقبل، وهذا شرط خامس. وأو بمعنى الواو ويدخل معطوف على يفترقوا، وفيهم يتعلق به وكبير فاعله وإنما اشترط عدم التفرق وعدم الدخول **(خوف أن يبدلا)** الكبير الكيفية ويعلمهم كيف يشهدون فهو مفعول لأجله تعليل للافتراق والدخول، ولو قال: أو يحضرا معهم كبير خوف أن يغير السلم مما يوهمه لفظ الدخول من أنه دخل فيهم بعد الفراغ من الواقعة، لأن هذا إنما تسقط به شهادتهم إذا قضى ما يمكنه فيه التعليم ولا يمكن عدلاً، وإلا فلا كما في (خ) فلا يناسب إطلاقه وما مر من أن حضور الكبير يسقط الشهادة واضح إن كان الكبير غير عدل، وإلاّ عمل على شهادته إن شهد بشيء للاستغناء بشهادته مع يمين المدعي وينتظر بلوغه إن كان صغيراً ولو كان الكبير العدل امرأتين فأكثر لأنهن يجزن في الخطأ وعمد الصبي خطأ قاله الباجي. وإن لم يشهد بشيء وقال: لا أدري عمل بشهادة الصبيان انظر (ح) وسادس الشروط الحرية والإسلام فلا تقبل شهادة الصبي العبد أو الكافر، وسابعها أن يتعدد فلا تقبل شهادة الواحد منهم والأول مفهوم من قوله: وبشهادة لأن العبد الكبير إذا كانت شهادته لا تسمى شهادة وهي كالعدم فأحرى الصغير والثاني من الجمع في قوله: الصبيان. وثامنها: أن لا يشهدوا على كبير أوله وهذا يفهم من قوله بينهم. وتاسعها: أن لا يكون الشاهد عدواً للمشهود عليه ولا قريباً للمشهود له ولا معروفاً بالكذب وسواء كانت العداوة بين الصبيان أو بين آبائهم وربما يفهم هذا من قوله شهادة على حسب ما مر في الشرط السادس. وعاشرها: أن يعاين البدن مقتولاً فلا تقبل شهادتهم مع فقده كما لو سقط في بحر ولم يخرج منه وربما يشعر به قوله في قتل إذ لا يتصف المقتول بالقتل على التحقيق إلا بمعاينته ميتاً (خ) إلا الصبيان لا نساء في كعرس في جرح أو قتل والشاهد حر مميز ذكر تعدد ليس بعدو ولا قريب ولا خلاف بينهم وفرقة إلا أن يشهد عليهم قبلها ولم يحضر كبير ويشهد عليه أولاً. ولا يقدح رجوعهم ولا تجريحهم الخ. والمناسب للاختصار إسقاط قوله: إلا أن يشهد عليهم قبلها لأن عدم الفرقة إنما اشترط لمظنة التعليم مع وجودها، وهم إذا شهدوا عليهم قبلها انتفت المظنة وصدق عليهم أنهم مشهود عليهم قبل الفرقة فما استثناه مفهوم من قوله ولا فرقة.

(من قبل أن يفترقوا) إلا أن يشهد عليهم قبلها **(أو يدخلا. فيهم كبير خوف أن يبدلا)** الكيفية أو يعلمهم كيف يشهدون، وهذا إذا كان غير عدل فإن كان عدلاً فإن قال: لا أدري قبلت شهادتهم وإلاّ فلا ولا بد من شرط التعدد وأن لا يشهدوا على كبير أوله، وهذان يؤخذان من قوله الصبيان، وقوله بينهم وأن لا يكون قريباً للمشهود له ولا عدواً للمشهود عليه ولا معروفاً بالكذب ولا بد في القتل من وجود عينه قاله ابن رشد ثم لا يقدح رجوعهم ولا تجريحهم.

تنبيهان الأول: ما تقدم من أن الدية في مسألة الصبيان الذين يلعبون في البحر على عواقلهم هو مذهب الإمام نقله القرافي في شرح الجلاب. ونقل ابن يونس عن رواية ابن وهب مثله ثم قال بعده قال محمد: يعني ابن المواز هذا أي ما قاله الإمام غلط، بل لا تجوز يعني شهادتهم في تلك الصورة ولضعف ما للإمام صدر اللخمي بمقابله كابن فرحون في أول القسم الثالث من تبصرته قائلاً لأن الصبيان لا إقرار لهم قال: فليسوا كالكبار الستة مثلاً يلعبون في البحر فيغرق واحد منهم فيشهد ثلاثة منهم على اثنين أنهما غرقاه، ويشهد الاثنان بعكس ذلك فإن الدية في أموالهم إن قالوا عمداً وعلى عاقلتهم إن قالوا خطأ لأنهم تقاروا أن موته كان من قبلهم وسببهم إلا أنهم تراموا به بخلاف الصغار فإنهم لا إقرار لهم فاستفيد من هذا ترجيح القول بعدم الجواز كما هو ظاهر النظم، وإن كان اللخمي حكى قولين في مسألة الكبار بالسقوط وعدمه واختار السقوط وهو الظاهر إذ لا إقرار هنا في الحقيقة ولا سيما إن لم يكونوا عدولاً فإن كانوا عدولاً فهو من إعمال شهادة كل فريق على الآخر ويجري هذا الخلاف فيما إذا قتلوا دابة أو كسروا آنية وتراموا ذلك.

الثاني: لو شهد صبيان فأكثر بأن الصبي فلاناً قتل صبياً آخر وشهد عدلان أنه لم يقتله بل مات بسبب آخر فقولان. بتقديم شهادة الصبيان لأنها أوجبت حقاً أو العدلين واختار اللخمي تقديم العدلين اهـ.

فصل

ذكر فيه القسم الثاني من أقسام الشهادات فقال:

١٤٦ـ ثَانِيَةٌ تُوجِبُ حَقّاً مَعْ قَسَمْ ... فِي المَالِ أو مَا آلَ لِلْمَالِ تُؤَمْ

(ثانية) مبتدأ سوغه الوصف أي شهادة ثانية **(توجب)** بضم التاء وكسر الجيم **(حقاً)** مفعول والجملة خبر **(مع قسم)** بسكون العين يتعلق بتوجب أي توجب هي أي الشهادة مع القسم من المدعي الحق المدعى به **(في المال)** يتعلق بتؤم **(أو ما آل للمال)** معطوف على ما قبله **(تؤم)** أي تقصد بضم التاء وفتح الهمزة مبني للمفعول حال من فاعل توجب وقوله: أو ما آل للمال أي إليه أي كالأجل والكفالة والخيار والشفعة والإجارة وقتل الخطأ وجراحة وأداء كتابة وإيصاء بتصرف فيه أي المال، أو بأنه حكم له به قاله (خ). ومعنى الأخير أن من حكم له القاضي بمال ثم أراد طلبه في غير محل الحكم وعنده شاهد واحد أو امرأتان على حكم القاضي فإنه يحلف ويستحق على المشهور ومقابله ضعيف، وإن شهره ابن الحاجب وفهم منه أن ما ليس بمال ولا يؤول إليه لا يثبت بشاهد أو امرأتين مع اليمين. ويرد عليه ما فيه القصاص من جراح العمد فإنه يثبت بما ذكر. وأجيب: بأن هذا استحسان والقياس خلافه، وظاهر قوله في المال أنه يثبت

فصل

شهادة **(ثانية)** فهو مبتدأ سوغ الابتداء به كونه صفة لمحذوف وخبره **(توجب حقاً)** أي الحق المدعى به **(مع قسم. في المال أو ما آل للمال تؤم)** أي تقصد وتوجد تلك الشهادة فقوله: في المال. الخ.. متعلق بتؤم، وتحت هذا القسم أربعة أنواع. أحدها:

بما ذكر، ولو أدى لغير المال وهو كذلك كشهادة من ذكر بأن الأمة قد أدت نجوم الكتابة أو أن ابنها أو زوجها قد اشتراها فتؤدي إلى العتق في الأولين وإلى الفراق في الثالث كما مرّ، وكذا لو شهد من ذكر باستحقاق حدّ قذف فإن الحد يسقط عن قاذفه وأحرى في الذي يؤول للمال كشهادة من ذكر بدين على رجل وقد أعتق عبداً لا يملك غيره، فإن العتق يرد ويرجع العبد إلى الملك، واختلف هل يحلف المشهود له مع شاهده قبل الإعذار أو حتى يعذر للمطلوب فيه لئلا تذهب يمينه باطلاً وهو الصحيح؟ قولان: ما قاله أبو الحسن في كتاب الجنايات. قال: بذلك وقعت الفتوى بسؤال أتى من سبتة اهـ. ونقله ابن رحال في شرحه وقال بعده: وكذا يمين الاستحقاق فإن هذه العلة جارية فيه لأن المستحق من يده ربما يخرج ببينة المستحق فتذهب يمينه باطلاً اهـ. وقوله: بيمين الاستحقاق نحوه في المعيار عن بعضهم وعللوه بما مرّ وهو خلاف قول الناظم الآتي وفي سواها قبل الإعذار بحق الخ، وإذا فرعنا على الصحيح فإنما ذلك ابتداء فإذا وقع مضى فمن استحق دابة مثلاً وأتى بها إلى بلده وأثبتها وحلفه قاضي بلده يمين الاستحقاق فإنها تجزئه ويعذر للمستحق منه في البينة إن طلب ذلك فإن عجز أو لم يطلب القدح اكتفى بتلك اليمين، وكذا يقال في اليمين مع الشاهد والله أعلم.

ثم إن هذا القسم الذي يوجب الحق مع القسم تحته أربعة أنواع. أشار لأولها بقوله:

١٤٧ـ شَهَادَةُ العَدْلِ لِمَنْ أَقَامَهْ وامْرَأَتَانِ قَامَتَا مَقَامَهْ

(شهادة العدل) الواحد مبتدأ والخبر محذوف أي من ذلك شهادة العدل الخ. أو وهي شهادة العدل (لمن) يتعلق بشهادة (أقامه) صلة من أي شهد له بمائة من سلف مثلاً أو إن البيع بينهما بخيار أو نحو ذلك فإنه يحلف معه ويستحق. ولثانيها بقوله: (وامرأتان) عدلتان مبتدأ خبره (قامتا مقامه) بفتح الميم ظرف من قام الثلاثي وضميره يعود على العدل، وأما بضمها فهو

(شهادة العدل لمن أقامه) أي له مائة مثلاً على آخر من بيع أو قرض أو غير ذلك فيحلف مع شاهده ويستحق والحكم بالشاهد واليمين في المذهب المالكي متفق عليه. قال ابن سهل: إلا يحيى بن يحيى بالأندلس فإنه تركه، وزعم أن الليث لم يقل به وتبعه عبد الله بن يحيى فقال: وأنا لا أوثر على ما اختاره أبي شيئاً وقاله المتيطي أيضاً زاد ابن بشير القاضي لم يحكم به. قال ابن سهل: ولا تطيب النفس إلا بالشاهد المبرز وفيه خارجة خلاف لا حاجة لنقله. وفي ابن يونس: أن رسول الله ﷺ قضى بالشاهد واليمين في الأموال دون العتق والنكاح والطلاق والحدود والقتل. وفي الموطأ قضى رسول الله ﷺ باليمين مع الشاهد، وفي المدونة: من أقام شاهداً على رجل، أنه تكفل بما على فلان حلف مع شاهده واستحق الكفالة قبله. (و)النوع الثاني (امرأتان) أي شهادة امرأتين وكذا أكثر (اقامتا مقامه) أي مقام الشاهد الواحد فيحلف معهما مقيمهما ويثبت حقه، وإن كان صبياً لم يحلف حتى يكبر قاله في المقرب، والأصل في قيام المرأتين مع العدل قوله تعالى: ﴿فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان﴾ [البقرة:٢٨٢] فكما يحلف معه إذا انفرد فكذلك يحلف معهما اهـ. فرع: يخاصص من قضى له في دينه بشاهد ويمين مع من قضى له بشاهدين، وإذا نكل مع الشاهد في حق لم يمنعه نكوله أن يحلف معه في حق آخر ويثبت حكم الحاكم في المال بالشاهد واليمين على

من أقام الرباعي أي قامتا مقامه في ثبوت الحق بشهادتهما مع اليمين، ويجوز أن يكون قوله امرأتان بألف التثنية مبتدأ حذف خبره أو خبر لمبتدأ مضمر أي من ذلك أو هي امرأتان أي شهادتهما بحذف المضاف وإقامة المضاف إليه مقامه والجملة بعده صفة أي من صفتهما قامتا مقامه في الاتصاف بالعدالة فهو من عطف الجمل في هذه الوجوه، وإما على نسخة الياء إن صحت فواضح عطفه على العدل فهو من عطف المفردات. وقوله: وامرأتان أي فأكثر ولو كن مائة فهن بمنزلة العدل الواحد قال في الرسالة: ومائة امرأة كامرأتين وذلك كرجل واحد الخ. قال شراحها: يريد أو أكثر من مائة وكان الغبريني يقول: إذا بلغن هذا العدد خرجن من باب الشهادة إلى باب الانتشار المحصل للعلم وانظر (ق) عند قوله: وبما ليس بمال الخ. وظاهر قوله: توجب الحق الخ. أن صاحب الشاهد واليمين يحاصص مع ذي الشاهدين لأن كلاً من الحقين ثابت وهو كذلك، وظاهره أيضاً جوازها في المال وما يؤول إليه ولو شاركهما ما ليس بمال ولا آيل إليه كشهادة امرأتين مثلاً بدين وطلاق أو بوصية بمال وعتق فتبطل في الطلاق والعتق دون المال وهو كذلك على المشهور من أن الشهادة إذا جاز بعضها للسنة جاز منها ما أجازته دون غيره.

تنبيه: إذا نكل عن اليمين مع شاهده فوجد ثانياً لم يعلم به بعد تحليف خصمه أو قبله ضم إلى الأول وقضى له بغير يمين وليس نكوله تكذيباً لشهادة الأول، وكذا لو نكل مع شاهده في حق لم يمنعه نكوله أن يحلف معه إذا شهد له في حق آخر ولا يرث من أقام شاهداً أو امرأتين بموت فلان وأنه وارثه مع الثابت النسب بشاهدين. نعم إن لم يكن له وارث ثابت النسب حلف من ذكر واستحق المال لا النسب، وكذا المرأة تقيم امرأتين أو شاهداً على النكاح بعد موته فإنها تحلف وتستحق على قول ابن القاسم خلافاً لما يوهمه كلام ابن فرحون في الباب الثالث من القسم الثاني من أنه لا بد من عدلين مطلقاً إلا في حصر الورثة فيكفي الشاهد واليمين، لأن ذلك لا يجري إلا على قول أشهب كما ذكره هو في المحل المذكور.

فإن قلت: فما بال الشراح تواطؤوا على اعتراض قول (خ) في الاستلحاق وعدل يحلف معه ويرث ولا نسب الخ. تبعاً لاعتراض ابن عرفة وضيح على قول ابن الحاجب، وعدل يحلف معه ويشاركهما ولا نسب الخ. وهلا حملوا كلامهما على ما إذا لم يكن للميت وارث ثابت النسب؟ قلت: لما فرض ابن الحاجب المسألة في الولدين لزم مطلقاً حصول الوارث المعروف وهي متفق فيها على عدم الإرث، وبهذا أيضاً يتضح ما اعترض به الشراح قول (خ) في الاستلحاق، وبما جزم به في الشهادات من أن ما ليس بمال وهو آيل إلى المال يكفي فيه الشاهد والمرأتان أو أحدهما مع اليمين، ومثله بقوله: ونكاح بعد موت أو سبقيته ولا زوجة ولا مدبر

المعتمد خلافاً لما اقتصر عليه (م خ) وأيضاً بتصرف فيه. أو بأنه حكم له به. **تنبيه**: لم يذكر المصنف من هذا النوع شهادة غير العدل في إيجاب القسامة كما فعل المتيطي والجزيري لأن المتبادر من قوله: مع قسم اليمين الواحدة وهذه خمسون. وقال (م) لأنه خلاف المشهور، وقال الشارح لذكره فيما سيأتي بقوله ومالك فيما رواه أشهب. قسامة بغير عدل تجب، ولم يرتضه (م) قائلاً لأن المقصود جمع النظائر اهـ. وهذا لازم له أيضاً والله أعلم. والنوع الثالث: الشاهد العرفي، وإليه أشار بقوله:

الخ. ثم قال في العتق: والولاء أن الشاهد بالقطع أو الشاهدين على السماع بالنسب يثبت بهما المال مع اليمين أي لتقييد ما في الشهادات والعتق والولاء بما إذا لم يكن للميت وارث ثابت النسب ولا يتأتى ذلك التقييد في كتاب الاستلحاق لفرض ابن الحاجب وقريب منه كلام (خ) المسألة مع وجود الوارث الثابت النسب، وقد علم من هذا أن الموت يثبت بالشاهد واليمين باعتبار الإرث كما مرّ عن (خ). وقد صرح ابن رحال في حاشيته بأنه المذهب وأحرى مع حصر الورثة كما مرّ عن ابن فرحون، وتقدم في الفصل قبله عن اللخمي ومفهوم قوله بعد موت أنه في الحياة لا يثبت بذلك وهو كذلك.

فإن قلت: هو في الحياة ليس بمال ولكنه يؤول للمال وهو الصداق، وحينئذ فالواجب أن يثبت بما ذكر. قلنا: هو يؤول للمال ولغيره من الزوجية ولواحقها من النسب وغيره لا للمال فقط، فلو أعملنا فيه الشاهد واليمين أدى إلى التناقض وهو الإعمال في المال وعدم الإعمال في الزوجية فتكون الشهادة عاملة غير عاملة قاله القلشاني. وتأمله مع قولهم المعروف من المذهب أن الشهادة إذ رد بعضها للسنة صحت في غيره كمن شهد في وصية بعتق ومال لرجل تبطل في العتق، وتصح في المال للرجل نقله ابن عرفة. ومثله قول (خ) والمال دون القطع في سرقة كقتل عبداً آخر الخ. فلم لا يقال تصح في الصداق وتبطل في الزوجية ولواحقها إلا أن يقال الصداق فرع النكاح فلا يثبت إلا حيث يثبت أصله.

تنبيه: الحكم بالشاهد واليمين مما خالف فيه أهل الأندلس مذهب الإمام مالك كما مرّ مع نظائره. قال ابن لبابة: اختلاف العلماء وما ذهب إليه مالك في الشاهد واليمين معروف وقضاتنا لا يرون ذلك. وقال ابن القصار في اختصار مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب: كل موضع قبل فيه شاهد وامرأتان قبل فيه الشاهد واليمين عندنا، وعند الشافعي وأحمد وإسحاق وأبي ثور وداود وهو قول أبي بكر وعلي والفقهاء السبعة وشريح، وقال اللخمي وابن أبي ليلى والأوزاعي وأبو حنيفة وأصحابه: لا يجوز الحكم بالشاهد يعني أو المرأتين مع اليمين وإن حكم قاض بذلك نقض حكمه وهو بدعة وبذلك قال الزهري قال: والحكم به بدعة وأول من قضى به معاوية اهـ. فأطلق كالناظم فظاهره كان مبرزاً أم لا، وهو كذلك على المعتمد كما أطلق في ذلك (خ) وغيره، خلافاً لابن عبد الحكم في أن ذلك إنما هو في المبين العدالة لا غير.

ولثالثها بقوله:

١٤٨ـ وهـا هُنـا عـنَّ شـاهِـدٍ قـد يُـغْـنـي ... إرْخَـاءُ سِـتْـرٍ واحْـتِـيـازُ رَهْـنِ

(وههنا عن شاهد) يتعلق بقوله: **(قد يغني)** وقد للتحقيق لكثرة ذلك **(إرخاء ستر)** فاعل

(وههنا) أي في إيجاب الحق مع قسم **(عن شاهد)** حقيقي متعلق بقوله: **(قد يغني)** الشاهد العرفي وأمثلته على ما ذكر الناظم أربعة. الأول: **(إرخاء ستر)** أي التخلية بين الزوج وزوجته. قال في التوضيح: هذا الذي يعبر عنه علماؤنا بإرخاء الستور، وإن لم يكن ستر ولا غلق باب، فإذا وقع ذلك وطلقها ثم ادعى عدم المسيس وادعته هي فالقول قولها مع يمينها، فتأخذ الصداق بكماله. قال ابن أبي زمنين: لأن الحامل على الوطء أمر جبلي والعادة أن الرجل إذا خلا بامرأته أول خلوة مع

يغني (واحتياز رهن) معطوف على ما يليه.

١٤٩ـ والـيَـدُ مَعْ مُجَرَّدِ الدَّعْـوىٰ أو أنْ تـكَـافَـأتْ بَـيِّـنَـتـان فـاسْـتَـبِـنْ

(واليد) بالرفع معطوف على إرخاء (مع مجرد الدعوى) في محل نصب على الحال من اليد (أو أن) بفتح الهمزة ونقل حركتها للواو (تكافأت بينتان) الجملة في تأويل مصدر معطوف على مجرد أي اليد مع مجرد الدعوى أو تكافؤ البينتين، وفي بعض النسخ وإن بكسر الهمزة والواو التي بمعنى أو فهي شرط معطوف على مع مدخول اليد، وفعله الجملة من الفعل والفاعل من تكافأت بينتان والجواب محذوف لدلالة ما تقدم عليه، إذ المعنى وإن تكافأت البينتان فاليد تغني. (فاستبن) تتميم.

١٥٠ـ والـمُـدَّعىٰ عَـلَـيْـهِ يَـأبىٰ الـقَـسَـمـا وفـي سِـوىٰ ذٰلِـكَ خُـلْـفٌ عُـلِـمـا

(والمدعى عليه) معطوف على إرخاء (يأبى القسما) حال من المعطوف المذكور، فهذه أمثلة خمسة للشاهد العرفي وهو بيان لقوله فيما مر:

والمدعى عليه من قد عضدا مقاله عرف أو أصل شهدا

وكأنه عقد في هذه الأبيات قول المتيطي ما نصه: وأما الشهادة التي توجب المشهود به مع اليمين فإنها أقسام أحدها: شاهد عدل أو امرأتان في الأموال، ثم قال: والثالث ما يقوم مقام الشاهد من الرهن وإرخاء الستر ونكول المدعى عليه ومعرفة العفاص والوكاء واليد مع مجرد الدعوى أو مع تكافؤ البينتين وما أشبه ذلك اهـ. فأسقط منه المصنف معرفة العفاص والوكاء لترجيح عدم اليمين فيهما وأدخلهما مع غيرهما في قوله: (وفي سوى ذلك) يتعلق بعلما (خلف)

الحرص عليها والتشوق لها قلما يفارقها قبل الوصول إليها اهـ. ولا فرق على المشهور بين أن يقوم بها مانع شرعي من حيض أو إحرام أو لا. وقال بعضهم: لا تصدق مع المانع إلا على من يليق به ذلك أما الصالح فلا.

فرع: يلحق بهذه المغصوبة تحمل ببينة وتدعي الوطء فلها الصداق كاملاً كما في ابن الحاجب، وإن لم يجب الحد ويكفي في هذه البينة اثنان. الثاني: من أمثلة الشاهد العرفي قوله:

(واحتياز رهن) أشار بهذا لما في المدونة عن مالك في الراهن يقبض الرهن، ثم قام المرتهن يطلب دينه أو بعضه فزعم الراهن أنه دفعه إليه فيحلف الراهن ولا شيء عليه نقله المواق (خ) والراهن بيده رهنه بدفع الدين هذا هو المناسب لقول المصنف واحتياز رهن. ولو أراد مسألة وهو كالشاهد في قدر الدين لقال مثلاً إرخاء ساتر وقدر رهن خلافاً للشارحين. (و) المثال الثالث للشاهد العرفي (اليد) أي الحوز (مع مجرد الدعوى) من القائم (أو) مع قيام بينة على دعواه تشهد بأن الدابة مثلاً له وإنها نتجت عنده، لكن أقام المدعي عليه بينة مثلها شهدت أنها له أنها نتجت عنده وتكافأت البينتان فتسقطان وتعود لليد مع مجرد الدعوى وهو قوله أو (أن) بفتح الهمزة ونقلها للواو (تكافأت بينتان) أي اليد مع مجرد الدعوى أو مع تكافؤ البينتين (فاستبن) تتميم (و) المثال الرابع (المدعى عليه يأبى القسما) أي يمتنع من الحلف وينكل عنه، فإن نكوله في العرف كشاهد يحلف معه الطالب ويستحق، وهذا إذا كانت دعوى تحقيق، وإلا استحق بمجرد النكول ابن شاس ويتم نكوله بقوله:

مبتدأ (علما) خبره فأشار (خ) لأولها بقوله: وصدقت في خلوة الاهتداء وإن بمانع شرعي الخ. والمراد بإرخاء الستر مجرد الخلوة وإن لم يكن هناك ستر ولا غلق باب، ولذا كانت المغصوبة تحمل ببينة مصدقة كالزوجة في دعوى الوطء ولكل منهما الصداق كاملاً. ويكفي في ثبوت خلوة الاهتداء والغصب شاهد أو امرأتان مع اليمين لأنها دعوى تؤول إلى المال، وأما باعتبار العدة والاستبراء وقد أنكرت الخلوة والوطء فلا بد من عدلين وباعتبار حد الغاصب لا بد من أربعة. ولثانيها بقوله: ولراهن بيده رهنه، وقوله: هو كالشاهد في قدر الدين لأن معنى ما في النظم أن احتياز الرهن شاهد للراهن بدفع الدين وللمرتهن بقدر دينه، فإذا حازه الراهن بعد أن كان بيد المرتهن فهو شاهد بالدفع، وإن كان لا زال محوزاً بيد المرتهن فهو شاهد بقدر الدين، ولثالثها بقوله: وبيد ان لم ترجح بينة مقابله، فقوله: إن لم ترجح قضية سالبة لا تقتضي وجود الموضوع فتصدق بما إذا لم توجد بينة في مقابلة اليد أصلاً، وإنما هناك مجرد الدعوى أو وجدت وتكافأت مع بينة ذي اليد فيتساقطان كما أشار له بعد بقوله: وإن تعذر الترجيح سقطتا. وبقي بيد حائزه وهو المثال الرابع في النظم ولخامسها بقوله: وإن نكل في مال وحقه استحق به بيمين إن حقق فضمير نكل للمطلوب وضميراستحق وحقق للطالب وضمير به للنكول، ومفهوم إن حقق أنه في دعوى الاتهام يستحق بمجرد النكول فقول الناظم: يأبى القسما أعم من أن يكون في دعوى تحقيق أو اتهام إلا أن النكول في الاتهام كشاهدين لا كشاهد فقط، قال ابن شاس: وإذا قال المدعى عليه لا أحلف أو أنا ناكل أو قال للمدعي: احلف أنت وتمادى على الامتناع فقد تم نكوله فإذا قال بعد ذلك: أنا أحلف لم يقبل منه اهـ وهو معنى قول (خ) ولا يمكن منها ان نكل. وقال قبله: وليس للحاكم حكمه أي حكم النكول بأن يشرح للمطلوب ما يترتب عليه، وأنه إن نكل حلف الطالب واستحق وأنه لا يقبل منه الرجوع لليمين، وظاهره كعبارة المدونة الوجوب وعليه فهو شرط في صحة الحكم كالإعذار. كما قال ابن رحال في شرحه: وهو الحق ولعل محل الوجوب إذا كان المطلوب يجهل حكمه، وربما أشعر قول الناظم: يأبى القسما أن الطالب إذا امتنع من الحلف مع شاهده فنكوله شاهد للمطلوب فيحلف ويبرأ لأن الطالب بشاهده صار في معنى المدعى عليه، ثم إن الإشارة في قول الناظم: ذلك الخ. راجعة لما مرّ من الأمثلة فيشمل العفاص والوكاء في اللقطة (خ) ورد بمعرفة مشدود فيه وبه وعدده بلا يمين، وقال في النكاح: وقبل دعوى الأب فقط في إعارته لها في السنة بيمين وصدقت في انقضاء عدة الإقراء والوضع بلا يمين ما أمكن والغمط والعقد في الحيطان، ودعوى الشبه في البياعات كقوله في اختلاف المتبايعين وصدق مشتر ادعى الأشبه وإن اختلفا في انتهاء الأجل، فالقول لمنكر التقضي. وفي قبض الثمن أو السلعة فالأصل بقاؤهما والقول لمدعي الصحة وقوله في العيوب،

لا أحلف أو أنا ناكل أو أحلف أنت ويتمادى على الامتناع من اليمين فيحكم القاضي بنكوله، فإن قال بعد ذلك: أحلف لم يقبل منه (وفي سوى ذلك) أي ما ذكر من أمثلة الشاهد العرفي كمعرفة العفاص والوكاء في اللقطة ومن الغمط والعقد في الحيطان ومن ادعى ما يشبه في البيوع وسائر المعاوضات، وما يعرف للزوج أو للزوجة في متاع البيت عند تنازعهما، ودعوى الأب العارية لابنته داخل السنة وانقضاء عدة غير الأشهر (خلف علما). وأراد والله أعلم أن ما عدا المذكورات في المتن

والقول للبائع في العيب أو قدمه إلا بشهادة عادة للمشتري وفي الوكالات، والقول له إن ادعى الإذن أو صفة له وصدق في الرد كالمودع، وفي الإجارات والقول للأجير أنه وصل كتاباً أو خولف في الصفة أو في الأجرة إن أشبه وحاز إلى غير ذلك، فالمغني عن الشاهد الحقيقي أحد أمرين الأصل أو العرف، وذلك شائع في أبواب الفقه كما ترى فقوله: خلف أي في الراجح فالشاهد العرفي وإن اختلف فيه من أصله هل هو كشاهد أو شاهدين، لكن اختلف الراجح باختلاف أفراده فكأنه يقول هذه الأمثلة الراجح فيها أنها كشاهد وفي سواها اختلف الراجح باختلاف الأفراد ففي بعضها الراجح أنه كشاهدين فلا يمين كاللقطة وانقضاء العدة والنكول في التهمة وبعد القلب كما يأتي في البيت بعده ونحو ذلك وفي بعضها أنه كشاهد فقط كالأمثلة الباقية. انظر شرح المنجور لمنهج الزقاق، ومن الأفراد التي الراجح فيها أنه كشاهدين نكول المدعي بعد نكول المدعى عليه كما قال:

١٥١ـ ولا يَمِينَ مَعْ نُكُولِ المُدَّعي بَعْدُ ويُقْضى بِسُقُوطِ ما ادُّعِي

(ولا) نافية للجنس **(يمين)** اسمها ولو فرعه بالفاء المفيدة لكونه من أفراد قوله خلف لكان أظهر **(مع نكول المدعي)** خبرها **(بعد)** ظرف مقطوع يتعلق بمحذوف حال من نكول أي: لا يمين على المطلوب ثابتة مع نكول المدعي حال كونه كائناً بعد نكول المطلوب وعكس كلام الناظم، وهو أن ينكل المطلوب بعد نكول الطالب من الحلف مع شاهده كذلك، وهو معنى قولهم: النكول بالنكول تصديق للناكل الأول، وظاهره أنه لا يمين على المطلوب سواء قلب اليمين المتوجبة عليه على الطالب فقال له: احلف أنت ولك ما تدعيه أو لم يقلبها، ولكن قال: أنا لا أحلف أو تمادى على الامتناع فنكل الطالب أيضاً وهو كذلك، ويتم نكول المدعي هنا بما يتم به نكول المطلوب في البيت قبله، وإذا تم نكوله بما مرّ فلا يمكن منها إن أقلع عن نكوله كما مر عن (خ) وابن شاس وهو معنى قوله: **(ويقضي)** بالبناء للمفعول **(بسقوط)** نائبه **(ما)** مصدرية أو موصولة **(ادعي)** صلتها أي دعواه أو الذي ادعاه اللهم إلا أن يجد بينة بعد نكوله فلا يسقط حقه حينئذ كما في التبصرة وظاهر قوله بعد أي بعد نكوله كان مع القلب أو بدونه أن له القلب ولو كان التزم حلفها كما أفاده (ح) بقوله بخلاف مدعى عليه التزمها، ثم رجع الخ.

فيه اختلاف في الراجح أي اختلف أفراده فيه مع وجود الشاهد العرفي في الجميع ففي الأول والأخير الراجح بلا يمين وفيما بينهما به (خ) ورد بمعرفة مشدود فيه وبلا يمين وصدقت في انقضاء عدة الإفراد والوضع بلا يمين ما أمكن لا أن المراد الخلاف هل يحلف معه أم لا بناء على أنه كشاهد واحد أو كشاهدين فإن الخلاف بهذا المعنى في جميع أفراد الشاهد العرفي كما قاله أهل القواعد.

(ولا يمين) على المطلوب ثانياً إذا نكل وتوجهت على المدعي فنكل وهو قوله: **(مع نكول المدعي بعد)** أي بعد نكول المدعى عليه **(ويقضي بسقوط ما ادعي)** أي الدعوى. **تنبيه:** في عد هذه من هذا القسم مساحة درج عليها المتيطي وغيره بخلاف الرابع فلا مساحة فيه خلافاً للشارح ومن تبعه.

وهذا قول أبي عمران، وعلله بأن التزامه لا يكون أشد من إلزام الله إياه فإن كان له أن يرد اليمين ابتداء مع إلزام الله له إياها فالتزامه هو تأكيد فقط لا يؤثر شيئاً. ورده اللقاني في حواشي ضيح بأنا لا نسلم أن الله ألزمه اليمين بل خيره بينها وبين ردها على المدعي، ومن التزمها فقد أسقط حقه من ردها اهـ. ونحوه لابن رحال في شرحه قائلاً لأن المذهب أن من التزم حقاً لغيره لزمه بالقول وهو قد التزم أن لا ينتقل عن اليمين إلى قلبها، والمدعي له حق في عدم القلب، فكيف يصح تعليل أبي عمران لمن أنصف، وإنما يجزم بقول ابن الكاتب القائل بأن الالتزام المذكور يسقط حقه من ردها. قال: وتعليل أبي عمران مأخوذ من لفظ البينة على المدعي واليمين على من أنكر، وذلك غير مفيد لأن ذلك محمول على الخيار بلا خلاف، وأيضاً يلزم عليه أن المدعي يلزمه إقامة البينة مع أنه يجوز له تركها ويحلف المطلوب اهـ باختصار.

قلت: والحاصل أن المدعى عليه التزم هنا الحلف والناكل فيما مرّ التزم عدمه، وبالالتزام المذكور في الصورتين يتعلق حق الخصم إذ من التزم شيئاً فقد أسقطه حقه من غيره، فابن الكاتب طرد الحكم فيهما وأبو عمران فصل بما ترى وهو محجوج بما مرّ، ولذا درج ناظم العمل على ما لابن الكاتب فقال:

والخصم يختار اليمين ونكل فما لقلبها سبيل أو محل

ويؤيده ما يأتي عن التبصرة عند قوله يسوغ قلبها وما إن تقلب الخ. ومفهوم قول الناظم مع نكول المدعي الخ أنه إذا لم ينكل وإنما سكت سكوتاً لا يعد به ناكلاً عرفاً لم يسقط حقه ويمكن من اليمين (خ): وإن ردت على مدع وسكت زمناً فله الحلف الخ. ولا مفهوم لقوله: مدع، ولذا قيل لو قال ولو سكت من توجهت عليه زمناً الخ.

تنبيه: تقدم أن من صور النكول أن يقول: من توجهت عليه اليمين من طالب أو مطلوب احلف أنت وإنه إن أراد أن يقلع عن رضاه ويرجع إلى اليمين لا يمكن كما مرّ ويبقى النظر إذا أراد أن يقيم البينة على دعواه فأفتى ابن عتاب بأن له ذلك قال: وليس قوله رضيت بيمينك إسقاطاً لبينته بل حتى يفصح ويصرح بإسقاطها، وبه قرر الشراح قول (خ) وإن استحلفه وله بينة حاضرة أو كالجمعة يعلمها لم تسمع أي وإن حلفه بالفعل وله بينة الخ. وأفتى ابن رشيق بأن رضاه باليمين مع علمه بالبينة الحاضرة يوجب عدم رجوعه إليها وهو ظاهر إطلاقات الشراح عند قول(خ) في الإقرار كان حلف في غير الدعوى لأنهم قالوا: إن قال له في الدعوى: احلف وخذ فلا رجوح له، وقد ألم البرزلي في الحمالة بجميع ذلك. **قلت**: وهو الظاهر فما مر عن ابن الكاتب ينبغي اعتماده لأن رضاه التزام أي لأنه لما رضي باليمين أسقط حقه من البينة كما أن من قلب اليمين أسقط حقه منها كما مرّ فليس لكل منهما الرجوع إلى ما أسقط حقه منه، ولما ذكر ابن ناجي في شرح الرسالة قول المدونة إذا استحلفه وهو عالم ببينته تاركاً لها لم يكن له قيام بها قال ما نصه: إلا أن قوله تاركاً لها. قال أبو إبراهيم: سقطت في بعض المواضع فقيل: اختلاف. قلت: وعلى القول باشتراطه فهل المراد تصريحاً أو إعراضه كاف وعليه الأكثر في ذلك؟ تأويلان. حكاهما عياض اهـ. فنسب للأكثر مثل ما لابن رشيق، كذا وجدت بخط أبي العباس الملوي وهذا كله إذا رضي اليمين مع علمه بها، وأما إن حلفه بالفعل، وأراد القيام بالبينة

بعد ذلك فالمشهور كما مرّ عن (خ) عدم القيام بها إلا إن كان لا يعلمها كما قال أيضاً: فإن نفاها واستحلفه فلا بينة إلا لعذر كنسيان الخ. والمشهور أيضاً أنه لا بعذر ولو مع النسيان كما مرّ قبل باب الشهادات.

ولرابع الأقسام التي توجب الحق بيمين بقوله:

١٥٢ـ وغَالِبُ الظَّنِّ بِهِ الشَّهَادَةْ بِحَيْثُ لا يَصِحُّ قَطْعُ عَادَةْ

(وغالب الظن) معطوف على قوله شهادة العدل **(به الشهادة)** مبتدأ وخبر، والجملة في محل نصب حال من غالب **(بحيث)** ظرف مكان يتعلق بالاستقرار في الخبر **(لا يصح قطع)** فاعل يصح، والجملة في محل جر بإضافة حيث **(عادة)** منصوب على إسقاط الخافض والتقدير وهي شهادة العدل وشهادة غالب الظن في حال كون الشهادة كائنة به أي بسببه في المكان الذي لا يصح في العادة القطع فيه، ويجوز أن يكون غالب مبتدأ والظرف متعلق به، والشهادة مبتدأ ثان والمجرور خبره، والجملة خبر الأول والتقدير وغالب الظن في المكان الذي لا يصح القطع فيه الشهادة عاملة به كذلك أي مع القسم فيكون من عطف الجمل وليس فيه الفصل بأجنبي لأن الجملة خبر وهي معمولة للمبتدأ الذي تعلق به الظرف، ولك أن تجعل الظرف في هذا الوجه حالاً من المبتدأ الأول، وقوله: بحيث لا يصح أي كشهادة عدلين باعتبار المديان وضرر الزوجين والرشد وضده واستحقاق الملك وحصر الورثة وكون الزوج غاب وتركها بغير نفقة والتعديل والتعريف بالخط ونحو ذلك. قال في الفروق: مدارك العلم التي لا يستند إليها الشاهد أربعة: العقل وأحد الحواس الخمس والنقل المتواتر والاستدلال فتجوز الشهادة بما علم بأحد هذه الوجوه، ثم قال في الجواهر ما لا يثبت بالحس بل بقرائن الأحوال كالإعسار يدرك بالخبرة الباطنة بقرائن الصبر على الجوع والضرر يكفي فيه الظن القريب من اليقين (خ): واعتمد في

(و) الرابع من أنواع الشهادة الموجبة حقاً مع قسم **(غالب الظن)** أي شهادة غالب الظن وإنما أضيفت إليه كما قلنا لأن الظن تقع **(به الشهادة بحيث)** أي مكان **(لا يصح)** فيه **(قطع عادة)** أو يصح لكنه عسير بالنسبة للمخالط المطلع على باطن الحال فضلاً عن غيره، وذلك كالشهادة بالفقر لمن طولب بدين مع إمكان أن يكون له مال أخفاه إذا رؤيت عليه مخايل الفقر من صبره على الجوع والبرد وغيرهما مما فيه ضرر، وكالشهادة بضرر الزوج بزوجته إذا ظهرت مخايل ذلك بتكرر شكواها للأقارب والجيران مع احتمال كذبها وأنها تريد فراقه، وكالشهادة باستحقاق غير العقار حيث يشهد بأنه ماله وملكه ولم يخرج عن ملكه في علمهم، فلا بد من الحلف مع البينة في ذلك لكونها إنما شهدت بظاهر حال. قال في التوضيح: وضابطه كل بينة شهدت بظاهر فيستظهر بيمين على باطن الأمر قال في المقدمات: وصفة يمينه أن يحلف أنه ليس له مال ظاهر ولا باطن وإن وجد مالاً ليؤدين له حقه. وهذه الصفة ذكرها في المدونة عن الخليفتين أبي بكر وعمر رضي الله عنهما. وذكرها صاحب الوثائق المجموعة وغيرها ثم قال في التوضيح: وإذا حلف المطلوب فقال أبو عمران: يحلف على البت، وقال غيره: على العلم إذ قد يكون قد ملك من إرث أو هبة ولم يعلم به. ابن رشد: وقول أبي عمران ظاهر المجموعة اهـ. ولذا قال الزرقاني في قول المتن: وإن شهد بعسره

إعسار بصحبته وقرينة صبر كضرر الزوجين الخ. وظاهر النظم أن هذه اليمين على البت لأنها الأصل لا على نفي العلم وهو كذلك، وإنما وجبت اليمين لأن الشهادة في ذلك إنما هي على نفي العلم فيقولون مثلاً: لا يعلمون له مالاً ظاهراً ولا يعلمون أنه رجع عن الإضرار بها إذ لا تتم الشهادة بالضرر إلا بزيادة ذلك، وأنه لم يخرج عن ملكه في علمهم، وأنه لا يعلم له وارثاً سوى من ذكر وأنه لم يترك لها نفقة في علمهم وأنه عدل لا يعلمونه انتقل عنها إلى غيرها، وقد يكون المشهود به على خلاف ذلك، فاستظهر على الباطن باليمين لكن يستثنى من ذلك حصر الورثة والترشيد وضده واستحقاق العقار والتعديل والتعريف بالمشهود له أو عليه فإنه لا يمين في ذلك وكذا الأب إن أثبت العسر لينفق عليه ابنه فإن جزموا بالشهادة فقالوا: لا مال له قطعاً أو لم يرجع عن الإضرار بها قطعاً أو لم يخرج عن ملكه قطعاً بطلت وإن أطلقوا ولم يقولوا قطعاً صحت من أهل العلم كما مرّ عند قوله: ومن يزك فليقل عدل رضا. الخ. وبطلت من غيرهم إن تعذر سؤالهم كما يأتي قريباً وقولي: كشهادة عدلين احترازاً من شهادة عدل واحد بما ذكر فإنه لا يعمل به في العدم كما في ابن ناجي والترشيد وضده كما في ابن سلمون، وكذا في ضرر الزوجين لأنه يؤول إلى خيار الزوجة وكذا التعديل ويعمل به في الباقي لكن يحلف بيمينين إحداهما لتكميل النصاب والأخرى للاستظهار، ولا يجمعان وكلاهما على البت كما مرّ وظاهر قوله: غالب الظن أنه يعتمد الشاهد عليه لا أنه يصرح به عند الأداء. أو في الوثيقة: وإلاَّ لم تقبل قاله ابن عرفة وانظره مع ما للقرافي في الفرق الحادي والثلاثين والمائة من أن الشاهد إذا صرح بمستند علمه في الشهادة بالسماع المفيد للعلم أو بالظن في الفلس أو حصر الورثة، فلا يكون تصريحه قادحاً على الصحيح قال: وقول بعض الشافعية يقدح ليس له وجه فإن ما جوزه الشرع لا يكون النطق به منكراً اهـ.

وانظر شرحنا للشامل عند قوله: واعتمد في إعسار الخ، وما ذكرناه من أن الشاهد يعتمد على ذلك فقط هو نظير ما مرّ في التعديل من أنه يعتمد فيه على طول عشرة الخ وهو صريح لفظ(خ) المتقدم أي: ولا يتوقف قبول شهادته على بيان مستند علمه في ذلك من طول العشرة

أنه لا يعرف له مال ظاهر ولا باطن حلف كذلك أي لا أعرف لي مالاً ظاهراً ولا باطناً، والمذهب أنه يحلف على البت، ثم قال: ويستثنى من الضابط المذكور إثبات أحد الأبوين فقر نفسه لتلزم نفقته ابنه اهـ. وفي ذلك قلت:

وكل من بظاهر قد شهدا	له فحلفه يقطع أبدا
إلا أبا كلف بالإعسار	لينفق ابنه على المختار

قال أبو إسحاق الشاطبي: والأصل في الشهادة أن لا تكون إلا عن قطع، لكن إذا لم يكن ذلك فلا بد من التنزل إلى ما دونه للضرورة. أصله الشهادة عند الحاكم لا تفيد في الغالب إلا الظن ويقضى بها.

تنبيه: يرد على الضابط المذكور الشهادة بعدة الورثة فإنها على العلم إذ لا بد أن يقولوا: لا نعلم له وارثاً سواه مثلاً وإن قطعوا بطلت ولا يحلف معها مقيمها فتأمله.

في الحضر والسفر في التعديل والصبر على الجوع والبرد في الإعسار ونحو ذلك، وهو واضح إن كان الشاهد بذلك من أهل العلم وإلاَّ فلا بد من سؤاله عن مستند علمه فإن تعذر سؤاله لموته أو غيبته سقطت. قال أبو العباس الملوي: وهو الذي جرت عليه الفتوى من فقهاء العصر حتى لا يستطاع صرفهم عنه، وهو الذي قال به اليزناسي كما في أحباس المعيار أنه المذهب معترضاً على ابن سهل بما يعلم بالوقوف عليه، وانظر (ح) عند نص (خ) المتقدم آنفاً. وانظر ما يأتي عن الوثائق المجموعة وغيرها عند قوله: وحيثما العقد لقاض ولي، الخ. وفي المسألة خلاف شهير فرجح الصباغ كما في أنكحة المعيار أن بيان مستند العلم إنما هو شرط كمال فقط، وهو مختار ابن سهل وعليه عول (خ) في الشركة حيث قال: ولو لم يشهد بالإقرار بها على الأصح. قلت: وعندي أن هذا خلاف في حال، فابن سهل ومن معه تكلم على ما علم من عدول وقتهم، وغالبهم علماء عارفون وغيره تكلم على ما غلب في بلده ووقته من الجهل بما تصح به الشهادة، وإلاَّ فكيف يقول منصف بقبول شهادة الجاهل مرسلة، ولذا اقتصر ابن فرحون في فصل مراتب الشهود على أن غير العالم بما تصح به الشهادة لا بد من سؤاله عن مستند علمه ونحوه في الطرر والمعين والمتيطية، وكذا في الوكالات وبيع الوكيل من ابن سلمون ونقل ابن رحال في الارتفاق نحوه عن كثير، وذكر الفشتالي وابن سلمون صدر وثائقهما أن قول الموثق ممن يعرف الإيصاء لا يكفي حتى يقول بإشهاد من الموصى عليه إلا إذا كان من أهل العلم، وعلى أهل العلم يحمل قول ابن سلمون في الشهادات إذا قال الشاهد أشهدتني فلانة، ولم يقل أعرفها بالعين والاسم فهي شهادة تامة اهـ. وفي ابن عرفة أن الشاهد إذا لم يذكر معرفة ولا تعريفاً وتعذر سؤاله سقطت شهادته إن لم يكن من أهل العلم، وذكر في كتاب المأذون من المتيطية ما نصه: وليس لهم تلفيق الشهادة بأن يقولوا نشهد أنه مأذون له في التجارة ولا يفسرون الوجه الذي علموا به ذلك أي من أنه أذن له سيده بمحضرهم أو أقر بذلك لديهم قال: ومن التلفيق أن يشهدوا أن لفلان على فلان كذا وكذا ديناراً ولا يبينون وجه ذلك، بل لا تقبل حتى يقولوا أسلفه لدينا أو أقر بمحضرنا وإن كان الدين من بيع فسروا ذلك أيضاً فيقولون: باع منه بمحضرنا أو أقر بذلك لدينا. قال: وإنما لم تجز الشهادة إلا مع البيان لأن الشهود أكثرهم جهلة فقد يتوهمون أنه وجب من حيث لا يجب اهـ بخ. ونقله الفشتالي في باب القضاء مقتصراً عليه قائلاً فيجب بيان مستند العلم في جميع الأشياء من دين أو غيره لأن أكثر الشهود لا يفهم ما تصح به الشهادة اهـ. وقال اللخمي: إن الأربعة إذا شهدوا بالزنا وغابوا أو بعضهم قبل أن يسألوا عن كيفية الشهادة فإن الحد يقام إن كان الغائب عالماً بما يوجب الحد وإلاَّ سقط، وفي البرزلي عن المازري إن الشاهد إذا كان من أهل العدالة والمعرفة فلا يستفسر، ففهم منه إذا لم يكن كذلك استفسر. قال: ولم يكن الموثقون يستفسرون إلا في الحدود والزنا للحرص على الستر، فأنت ترى تعليلهم بكثرة الجهل وبه يتضح لك أن قول (خ) ولو لم يشهد بالإقرار بها إنما هو في العالم، والله أعلم.

تنبيه: علم مما مرّ أن الشاهد إذا شهد بإقرار شخص لديه بدين لغيره مثلاً فالشهادة تامة اتفاقاً لأنه قد بين فيها مستند علمه وهو الإقرار لديه، فما في المعين عن بعض المتأخرين حسبما في التبصرة والحطاب مسلماً من أنه لا يؤاخذ بإقراره حتى يشهدوا بإقراره بالسلف أو المعاملة وهم ظاهر، لأن الخلاف كما علمت في إرسال الشاهد شهادته لا في إرسال المقر إقراره لأنه

مؤاخذ به، وإن لم يبين سببه بل لو بينه بما يوجب رفعه لم يقبل منه ولو نسقاً (خ): ولزم أن نوكر في ألف من ثمن خمر الخ. وأيضاً لو كان الحكم كما قال لم تصح الشهادة بالإقرار بشيء مع أنها صحيحة ويجبره على تفسيره، والله أعلم.

فصـــل في التوقيف

وذكر أسبابه وكيفيته ويسمى العقلة والإيقاف.

١٥٣ـ ثـالِـثَـةٌ لا تُـوجِـبُ الـحَـقَّ نَـعَـمْ   تُـوجِـبُ تَـوْقِـيـفـاً بِـهِ حُـكْـمُ الـحَـكَـمْ

(ثالثة) مبتدأ سوغ الابتداء به الوصف أيضاً وجملة **(لا توجب الحق)** خبره **(نعم)** حرف جواب في الأصل وهي هنا بمعنى لكن وليست على معناها اللغوي الذي أشار له عج بقوله:

نـعـم لـتـقـريـر الـذي قـبـلـهـا   إثـبـاتـاً أو نـفـيـاً كـذا حـرروا
بـلـى جـواب الـنـفـي لـكـنـه   يـصـيـر إثـبـاتـاً كـذا قـرروا

(توجب توقيفاً) مفعول **(به)** خبر عن قوله **(حكم الحكم)** والجملة صفة لتوقيف. وحاصله: أن الطالب إما أن يأتي بعدلين أو بعدل أو بمجهول مرجو تزكيته أو مجهولين كذلك، أو بلطخ أو بمجرد الدعوى، فالتوقيف في الأول ليس إلا للإعذار فيوقف ما لا خراج له من العقار بالغلق، وما له خراج يوقف خراجه وغير العقار من العروض والثمار والحبوب بالوضع تحت يد أمين وبيع ووضع ثمنه عنده في الثمار إن كان مما يفسد، وفي الثاني للإعذار فيه أو لإقامة ثانٍ إن لم يرد أن يحلف معه لرجائه شاهداً آخر، فالمنع من التفويت فقط في العقار ولا ينزع من يده لكن يوقف ما له خراج منه وفي غير العقار بالوضع تحت يد أمين وبيع ما يفسد أيضاً إلا أن يقول: إن لم أجد ثانياً فلا أحلف مع هذا البتة فلا يباع حينئذ بل يترك للمطلوب، وفي الثالث للتزكية والإعذار بعدها وحكمه على ما لابن رشد وأبي الحسن وابن الحاجب حكم الذي قبله في سائر الوجوه، قال ابن رحال في شرحه: هو كالعدل المقبول في وجوب الإيقاف به إلا أنه لا يحلف معه، وفي الرابع للتزكية والإعذار أيضاً، وحكمه كالذي قبله لا في بيع ما يفسد فيباع على كل حال. وفي الخامس ولا يتأتى إلا في غير العقار بالوضع عند أمين ما لم يكن مما يفسد فيخلى بينه وبين حائزه فيما يظهر لأنه كالعدل الذي لا يريد صاحبه الحلف معه. وفي السادس لا عقل أصلاً إذ لا يعقل على أحد بشيء بمجرد دعوى الغير فيه على

فصـــل في التوقيف

ويسمى العقلة والإيقاف وذكر أسبابه وكيفيته. وحاصله أنه إما للإعذار في العدلين بعد شهادتهما أو لإقامة ثان أو لتزكية اثنين مجهولين عند القاضي أو لظهور مخايل الصدق كالنشدان. قال ابن فرحون: ولا يعقل على أحد شيء بمجرد دعوى الغير فيه حتى ينضم إلى ذلك سبب يقوي الدعوى أو لطخ والسبب كالشاهد العدل أو المرجو تزكيته واللطخ شهادة. غير العدول ثم تختلف كيفيته على ما سيأتي شهادة **(ثلاثة لا توجب الحق)** المدعى به نفسه **(نعم توجب توقيفاً به حكم الحكم)** واقع.

المنصوص وجرى العمل بالإيقاف بمجرد الدعوى في غير العقار كما يأتي، فأشار الناظم إلى الأول بقوله:

١٥٤ـ وهْيَ شَهادَةٌ بقَطْعِ ارْتُضِي ... وبَقِيَ الإعْذَارُ فيما تَقْتَضِي

(وهي شهادة) مبتدأ وخبر **(بقطع)** يتعلق بشهادة **(ارتضي)** صفة لقطع والرابط الضمير النائب أي بقطع مرتضى لكونه بعدلين مقبولين، وتثبت الحيازة بهما أو بغيرهما في العقار أو بموافقة الخصمين على حدوده لأن التوقيف يستدعي تعيين الموقوف ولا يتعين إلا بذلك واحترز بقطع عن شهادة السماع فإنها لا توجب توقيفاً إذ لا ينزع بها من يد حائز. نعم إن ادعى معها بينة قطع قريبة فتوجبه كما يأتي وبقوله: ارتضي عن العدل أو المجهول أو المجهولين فإن التوقيف في ذلك للتزكية والإعذار لا للإعذار فقط، وبالمنع من التفويت فقط في العقار، فإذا شهد عدلان باستحقاق الدار مثلاً (و) قد **(بقي الإعذار فيما تقتضي)** شهادتهما لأن الحكم بدونه باطل، فهذه الشهادة لم توجب حقاً الآن بل توقيفاً فقوله: وبقي الإعذار جملة حالية تقدر قد معها، وفاعل تقتضي ضمير يعود على الشهادة والعائد على ما محذوف أي فيما تقتضيه.

١٥٥ـ وحَيْثُ تَوْقِيفٌ مِنَ المطْلُوبِ ... فَلا غِنَى عَنْ أجَلٍ مَضْرُوبِ

(وحيث) ظرف مكان ضمن معنى الشرط ولذا دخلت الفاء في جوابه **(توقيف)** مبتدأ **(من)** بمعنى في متعلقة بمحذوف خبر أي حصل أو وجد في الشيء **(المطلوب)** والجملة في محل جر بإضافة حيث **(فلا)** نافية للجنس **(غنى)** اسمها **(من)** بمعنى عن **(أجل)** يتعلق بغنى **(مضروب)** صفة لأجل والخبر محذوف، وبه يتعلق بالظرف أي لا غنى عن أجل مضروب موجود حيث توقيف حصل في الشيء المطلوب كان التوقيف للإعذار أو للتزكية أو للإتيان ببينة أو بشاهد ثان، وتقدم في فصل الآجال أن الأجل في هذا يختلف باختلاف المتنازع فيه وأن ذلك الحد لا ينقص منه ولا يزاد عليه لأن مستند الزيادة والنقصان هي القرائن وهي كما قال المازري: لا يضبطها إلا الميرز في علم الحقائق فإن رخصنا في الاعتماد عليها لحاذق فيزعم الآخر أنه أحذق منه والزمان فاسد اهـ. قال ابن رحال عقبه وصدق رحمه الله: ولهذا ضبط الفقهاء الأمور وحدوها بتحديد حتى إذا تخطاه القاضي أنكر عليه. ألا ترى أن اللفيف عندنا حد باثني عشر. وقال بعض: لا حد في ذلك بل هو موكول لاجتهاد القاضي فما حصل به غلبة الظن في الصدق اكتفى به انظر تمامه عند قول (خ) في الشهادات: وحلف بشاهد الخ. ثم إن انقضى

(وهي شهادة بقطع ارتضي) أي قبل لكونها بعدلين مقبولين واحترز بقوله: بقطع من شهادة السماع لأنها لا ينتزع بها من يد حائز فلا توجب توقيفاً إلا يدعي معها بينة قطع قريبة على ما يأتي في قوله: أو في السماع أن عبده أبق، فإذا شهد عدلان باستحقاق الدار مثلاً **(وبقي الإعذار فيما تقتضي)** شهادتهما فلا بد من الإعذار فيهما للمطلوب إذ لا يصح الحكم دونه، فهذه الشهادة لم توجب الآن الحق وإنما أوجبت التوقيف. **(وحيث)** وجب **(توقيف من)** أي في الشيء **(المطلوب)** سواء كان لما ذكر أو لما يأتي **(فلا غنى عن أجل مضروب)** لذلك الإعذار أو للتزكية أو للإتيان بشاهد ثان على حسب ما يراه الحاكم وقرب البينة وبعدها، فإن تمت الشهادة وإلا بقي بيد صاحبه يصنع فيه

الأجل ولم يأت بمطعن قضى به للطالب وإن أتى بمطعن كتجريح أو بينة تشهد أنه اشتراها من القائم ونحو ذلك وطلب القائم الإعذار فيما أتى به فيمكن منه ولا إشكال، وهل ينحل العقل على المطلوب ويخلي بينه وبين شيئه في مدة تأجيل الطالب، وهو الظاهر، وبه رأيت بعض القضاة يحكم أو يستمر العقل حتى يعجز الطالب انظر ذلك. وعلى الأول إن أتى الطالب بمطعن أعيد العقل وهكذا حتى يعجز أحدهما والله أعلم.

ثم أشار إلى كيفية التوقيف في هذا الوجه فقال:

١٥٦ـ وَوَقْفُ ما كالدُّورِ غَلْقٌ مَعْ أَجَلْ لِنَقْلِ ما فِيها بِهِ صَحَّ العَمَلْ

(ووقف ما كالدور) مبتدأ وأدخلت الكاف كل ما يراد للسكنى لا للغلة من أرض ونحوها **(غلق)** خبره. فإن كانت في غير الحاضرة بعث أميناً يغلقها وتوضع مفاتحها عند أمين **(مع)** بسكون العين يتعلق بمحذوف صفة لغلق **(أجل)** يضرب **(لنقل ما)** أي الأمتعة التي **(فيها)** وإن سأل أن يترك ما يثقل عليه نقله أجيب كما في التبصرة وظاهر قوله: مع أجل أن الغلق مصاحب للأجل وليس كذلك إلا أن يقال أنه مصاحب لانتهائه لا لابتدائه، وتقدم أن قدر الأجل في النقل ثلاثة أيام حيث قال: وبثلاثة من الأيام إلى قوله: وفي إخلاء ما كالربع في ذاك اقتفي. **(به)** يتعلق بقوله: **(صح العمل)** أي بهذا القول الذي هو وقف ما يراد للسكنى بالغلق مع قيام العدلين وما له خراج يوقف خراجه ويمنع الحرث في الأرض وبالمنع من الإحداث فقط مع قيام الشاهد العدل أو المرجو تزكيته في الأصول، إلى غير ذلك مما يأتي جرى عمل القضاة وهو قول مالك في الموطأ، وقول ابن القاسم في العتبية ومقابله مذهب المدونة: أن الربع الذي لا يحول ولا يزول ولا يوقف بالحيلولة وقف الخراج، بل بالمنع من الإحداث فقط وهو المشهور الذي أفتى به **(خ)** حيث قال: والغلة له للقضاء والنفقة على المقضى له به إذ الخراج بالضمان والنفقة على من له الخراج فقوله قبل: وحيلت أمة مطلقاً كغيرها إن طلبت بعدل أو اثنين يزكيان الخ مراده بالغير العروض لا الأصول إذ لا حيلولة فيها عنده.

١٥٧ـ وَمَا لَهُ كالفُرْنِ خَرْجٌ والرَّحا فَفِيهِ تَوْقِيفُ الخَراجِ وَضَحا

(وما) أي الأصل الذي **(له[1] خرج)** بسكون الراء لغة في الخراج مبتدأ والمجرور خبره والجملة صلة ما. **(كالفرن)** حال من خرج أو خبر عن محذوف **(والرحا)** والحانوت والفندق

ما شاء. ثم أشار إلى كيفية التوقيف وبماذا يكون فقال: **(ووقف ما كالدور)** كأن هذه الكاف استقصائية فإن الذي في المنتخب والتبصرة والتوضيح وابن سهل فرض ذلك في الدار إلا أن يقال يلحق بها ما في معناها من أروى أو حانوت يرادان للسكنى والانتفاع لا للكراء والاستغلال، فوقف ذلك **(غلق)** أي يكون بغلقه **(مع أجل)** مضروب **(لنقل ما فيها)** أي الدار.

(به) أي بهذا القول هو وقف العقار على الوجه والتفصيل المذكور **(صح العمل)** ويأتي أن مقابله هو المشهور، ومذهب المدونة **(وما له كالفرن خرج)** أي والأصل الذي له خراج كالفرن

---

(١) (قوله، وماله الخ) صحة البيت كما في الهامش اهـ.

ونحو ذلك مما له غلة (**ففيه**) يتعلق بوضح (**توقيف الخراج**) مبتدأ (**وضحا**) خبره. والجملة خبر الموصول ودخلت الفاء لشبهه أي الموصول بالشرط في العموم والإبهام أي يوقف خراجه فقط عند أمين ولا يغلق ولا تعطل منفعته.

١٥٨ـ وهَوَ في الأرْضِ المَنْعُ مِنْ أنْ تَعْمَرا والحَظُّ يُكْرَىٰ ويُوَقَّفُ الكِرَا

(**وهو**) أي التوقيف مبتدأ (**في الأرض**) حال منه (**المنع**) خبره (**من أن تعمرا**) بحراثة أو بناء أو نحوهما يتعلق بالمنع (**والحظ**) مبتدأ خبره (**يكرى**) أي وتوقيف الحظ إن كان النزاع فيه فقط كثلث من أرض أو حانوت مثلاً ففي الأرض يمنع من حرث كلها. وفي الحانوت ونحوه مما له غلة يكرى جميعه أيضاً (**ويوقف الكرا**) جملة من فعل ونائب معطوفة على جملة يكري واختلف.

١٥٩ـ قيلَ جَميعاً أوْ بِقَدْرِ ما يَجِبْ لِلْحَظِّ مِنْ ذاكَ والأوَّلُ انْتُخِبْ

(**قيل**) يوقف ذلك الكراء حال كونه (**جميعاً**) ما ينوب المتنازع فيه وغيره (**أو**) أي وقيل يوقف (**بقدر ما يجب للحظ**) المتنازع فيه (**من ذاك**) الكراء فقط والمجروران يتعلقان بيجب (**والأول**) مبتدأ (**انتخب**) أي اختير خبره قال في التبصرة: فإن كانت الدعوى في حصة فتعقل جميع الأرض والدار وجميع الخراج فيما له خراج، وقيل يعقل من الخراج ما ينوب الحصة المدعى فيها ويدفع باقية للمدعى عليه. وفي المقرب والقول الأول أولى عندي بالصواب اهـ. قلت: لم يظهر لي وجه كونه أولى بالصواب فإن الذي يقتضيه النظر العكس لأن توقيف الجملة ضرر على المطلوب يمنعه من التصرف فيما لا نزاع فيه ولا يضر بأحد لينتفع غيره، بل لا نفع للطالب في وقف الجملة ولهذا والله أعلم قال الشارح: توقيف الجملة لا يخلو من إشكال فتأمله اهـ. وعليه فالذي تقتضيه القواعد هو القول الثاني فلا ينبغي أن يعدل عنه، ومفهوم قوله: ووقف ما كالدور الخ. أن غير الربع من العروض والحيوان يوقف بالوضع تحت يد أمين، وهو كذلك وللثاني بقوله:

١٦٠ـ وشاهِدٌ عَدْلٌ بِهِ الأصْلُ وُقِفْ ولا يُزالُ مِنْ يَدٍ بِها أُلِفْ

(**وشاهد**) مبتدأ سوغه الوصف بقوله: (**عدل**) أو امرأتان عدلتان (**به**) يتعلق بوقف (**الأصل**) مبتدأ خبره (**وقف**) أي إذا طلب المطلوب الإعذار فيه، وكذا بعد الإعذار إذا أبى

(**والرحا ففيه توقيف الخراج وضحا**) ولا يغلق ولا تعطل منفعته (**وهو**) أي الوقف (**في الأرض المنع من أن تعمرا**) بحراثة أو غرس (**والحظ يكرى**) مبتدأ وخبر أي وتوقيف الحظ إذا كانت الدعوى فيه كمثلث حانوت أو فندق مثلاً يكرى الحظ مع الباقي المسلم. (**ويوقف الكرا قيل جميعاً أو**) أي وقيل يوقف من كراء الحانوت أو الفندق (**بقدر ما يجب للحظ**) المتنازع فيه (**من ذاك**) الكراء الحاصل لجميع الأصل (**والأول**) أي وقف الجميع (**انتخب**) يريد تصويب ابن سهل إياه كما تقف عليه، ومفهوم كالدور إن وقف غيرها من العروض والحيوان ليس كذلك، والحكم أن توضع تحت يد أمين وهذا كله حيث قام للطالب شاهدان عدلان كما هو الموضوع فإن كانا مجهولين أو عدل واحد وقف الأصل بمنعه من التفويت فقط ولا يخرج من يد حائزه كما قال:

(**وشاهد عدل به الأصل وقف**) بمنع تفويته بهدم أو بيع (**ولا يزال من يد بها ألف**) فإن كان له

الطالب أن يحلف معه لرجائه شاهداً آخر وأجل للإتيان به أو كان القاضي ممن لا يرى الشاهد واليمين وأجله للإتيان بثان أيضاً، وأشار إلى كيفية الإيقاف به بقوله: **(ولا يزال)** بالبناء للمفعول ونائبه ضمير يعود على الأصل **(من يد)** يتعلق به **(بها)** يتعلق بقوله: **(ألف)** بالبناء للمفعول والجملة صفة ليد فعلم منه أن توقيفه إنما هو بالمنع من الإحداث ومعناه كما لأبي الحسن أن يقال للحائز: لا تحدث فيه حدثاً من تفويت ولا تغيير أي هدم أو بناء ولا يخرج من يدك، وهذا في الأصل الذي لا يراد للخراج بل للسكنى كالدور أو للحراثة كالأرض، وأما ما له خراج كالفرن والرحا فتوقف غلته كلها أو بعضها إن كان النزاع في حصة منه كما قال:

١٦١ـ وبِاتِّفاقٍ وَقْفُ ما يُفادُ مِنْهُ إذا ما أُمِنَ الفَسَادُ

(وباتفاق) خبر عن قوله **(وقف ما)** أي الخراج الذي **(يفاد منه)** أي من الأصل الموقوف بشهادة عدل، وإنما يوقف ذلك الخراج **(إذا)** ظرف يتعلق بقوله وقف لا بيفاد **(ما)** زائدة **(أمن)** بالبناء للمفعول **(الفساد)** نائبه، والجملة في محل خفض بإضافة إذا وجوابها محذوف لدلالة ما تقدم عليه، وذلك كثمرة تيبس وكراء ونحوهما، فإذا لم يؤمن فساده بيع ووقف ثمنه كما يأتي في قوله: وكل شيء يسرع الفساد له. الخ. ومفهوم قول الأصل أن العروض والحيوان توقف بالوضع على يد أمين ومفهوم عدل أن غيره يأتي في قوله: وحيثما يكون حال البينة الخ وقوله: باتفاق يعني والله أعلم أنه على القول الذي صح به العمل من التوقيف بالشاهد العدل اتفقوا على وقف الخراج فيما له خراج من الأصول الموقفة به، وإلا فالإيقاف بالعدل الواحد مختلف فيه من أصله اختلافاً قوياً كما في ابن سهل وغيره فلا يظن بالناظم أنه لم يطلع عليه.

خراج أو غلة وقفت أيضاً كما قال: **(وباتفاق وقف ما يفاد منه)** أي من الأصل الموقوف بشهادة عدل.

(إذا ما) زائدة **(أمن الفساد)** كثمر أو كراء فإن لم يؤمن فساده كبرقوق ومشمش بيع ووقف ثمنه، وأما العرض فيوقف أيضاً على يد أمين قال في التوضيح: وفي مسائل ابن زرب: كل ما يغاب عليه من العروض وغيرها يوقف بشاهد عدل بخلاف العقار لا يعقل إلا بشاهدين وحيازتهما. ابن سهل: الذي عليه الفتوى إن كانت الدعوى في دار اعتقلت بالغلق وإن كانت في أرض منع حرثها بعد التوقيف وإن كانت في شيء مما له خراج وقف الخراج وإن كانت في حصة في دار أو أرض اعتقلت الدار كلها أو الأرض وجميع الكراء فيما له كراء، وقيل يوقف من الكراء ما يقع للحصة المدعى فيها فقط ويدفع سائره إلى المدعى عليه قال: والأول أصوب عندي وكان سحنون يؤجل المعقول عليه في الإخلاء اليومين والثلاثة، وإن سأل أن يترك فيها ما يثقل عليه إخراجه فعل ثم يغلقها ويطبع عليها، ويكون المفتاح عنده، وإن كان في غير الحاضرة بعث أميناً يعقلها عليه اهـ. ونحوه في التتائي وغيره من شروح المختصر. قال الشيخ مصطفى: وهذا وإن كان قولاً جرى به القضاء وهو خلاف مذهب ابن القاسم في المدونة أن العقار لا يعقل بحال. قال ابن رشد: اختلف في الحد الذي يدخل به الشيء المستحق في ضمان المستحق وتكون له الغلة ويجب به التوقيف على ثلاثة أقوال: أحدها: أنه لا يدخل في ضمانه ولا تجب له غلة حتى يقضى له به وهو الآتي على قول مالك إن الغلة للذي هو بيده حتى يقضى به للطالب فعليه لا يجب توقيف الأصل المستحق

ولثالثها ورابعها بقوله:

١٦٢ـ وَحَيثُما يَكُونُ حالُ البَيِّنَهْ   في حَقِّ مَنْ يَحْكُم غيرَ بَيِّنَهْ

(وحيثما) ظرف مجرد عن الشرط يتعلق بيوقف بعد وما زائدة **(يكون حال البينة)** بالرفع اسم يكون **(في حق من يحكم)** يتعلق بيكون **(غير بينة)** خبرها والجملة في محل جر بإضافة حيث، ولجواز تذكير الحال وتأنيثها أنث بينة.

١٦٣ـ يُوَقَّفُ الفَائِدُ لا الأصولُ   بِقَدْرِ ما يُسْتَكْمَلُ التَّعْدِيلُ

(يوقف الفائد) نائب **(لا الأصول)** معطوف على الفائد **(بقدر ما)** أي الزمان الذي **(يستكمل)** بالبناء للمفعول **(التعديل)** نائبه والمجرور يتعلق بيوقف والعائد على ما محذوف أي: فيه، ويجوز أن تكون ما مصدرية ومعناه أن الشاهدة بالاستحقاق سواء كانت شخصاً واحداً أو متعدداً إذا كانت مجهولة عند القاضي لا يعرفها بعدالة ولا جرحة وسأل الطالب الإيقاف حتى يعدلها فإن الفائد أي الخراج الذي يؤمن فساده يوقف بقدر استكمال التعديل بل وبقدر الإعذار للمطلوب بعده لا الأصول فإنها لا توقف بالمنع من التصرف بل بالمنع من الإحداث فقط كما مرّ في العدل، فكلام الناظم في فائد الأصول بدليل قوله: لا الأصول، وأما غيرها من الحيوان والعروض فإنها توضع بنفسها عند أمين ولا يكتفي بوقف فائدها فلا يشملها كلامه، وقوله: بقدر ما يستكمل الخ مستغنى عنه بما قدمه في فصل الآجال وليس المراد بقوله: لا الأصول أنها لا توقف أصلاً، وإنما مراده أنها لا توقف بالمنع من التصرف فيها بل من الإحداث فقط كما قررنا وجعلنا البينة في كلامه شاملة للواحد المجهول وللمجهولين أولى من قصره على المجهولين فقط لأن البينة شرعاً تطلق على المتعدد والواحد لأنه يستحق به مع اليمين ولأن الواحد المجهول يوقف به كما مرّ في قول الناظم:

توقيفاً يحال بينه وبينه ولا توقف غلته، وهو قول ابن القاسم في المدونة أن الربع الذي لا يحول ولا يزول لا يوقف مثل ما يحول ويزول وإنما يوقف وقفاً يمنع فيه من الأحداث ثم ذكر بقية الأقوال. قال ابن عرفة: وكلامه مقتضى نقله أنه على هذا القول لا يجب توقيف بمجرد شهادة شاهد عدل اهـ. ولا شك أن هذا القول هو الذي درج عليه خليل في قوله: والغلة له للقضاء اهـ. وقد احترز الناظم عن هذا كله بقوله: به صح العمل كما تقدم نعم قوله: وباتفاق وقف ما يقاد، فيه نظر لما علمت من الخلاف المذكور **(وحيثما يكون حال البينة)** الشاهدة باستحقاق العقار **(في حق من يحكم)** وهو القاضي مجهولة الحال **(غير بينة يوقف الفائد)** وهو الخراج والغلة ظاهره أنه لا ينزع الشيء من يده، وهو خلاف قول المتن كغيره وحيلت أمة مطلقاً كغيرها إن طلبت بعدل أو اثنين يزكيان إلا أن يحمل كلام الناظم هنا على الأصول بخصوصها بدليل قوله: **(لا الأصول)** فلا توقف يعني بالغلق والمنع من التصرف، وأما التفويت فيمنع منه كما في العدل الواحد **(بقدر ما يستكمل التعديل)** ويختلف ذلك باجتهاد من قرب محل البينة المطلوب تعديلها وبعده وخطر المتنازع فيه وحقارته ووقف الفائد في هذه غير منصوص، وكأنه أخذه من وقفه مع العدل إذ هو أضعف منها كما يؤخذ من مسألة قوله.

وإن يكن مجهول حال زكيا وشبهة توجب فيما ادعيا

وفي المقدمات شهادة الشهود غير العدول في استحقاق الشيء المعين توجب توقيفه عند أصبغ. ونقله ابن هلال في نوازله والمكناسي في مجالسه وقال: كل منهما به جرى العمل، وعليه اقتصر ابن الحاجب كما مرّ على أن ظاهر العبارة يصدق حتى بمعلوم الجرحة وكذا ظاهر عبارة ابن ناجي الآتية، لكن تقدم في النظم أن معلوم الجرحة لا توجب شهادته شيئاً والجمع في قول الشهود غير مراد بدليل تخصيصه التوقيف بأصبغ، وبدليل قولهم: به جرى العمل لأن التوقيف بالمجهولين فأكثر مشهور منصوص عليه في المدونة وغيرها فلا وجه حينئذ لتخصيصه بأصبغ ولا لقولهم به جرى العمل، ويدل له قول المتيطية، وأصله لابن رشد كما في أبي الحسن، والشاهد الذي لا تتوسم فيه العدالة ولا الجرحة لا تجوز شهادته دون تزكية إلا أنها شبهة في بعض المواضع توجب اليمين عند بعض العلماء وتوجب القسامة والحميل وتوقيف الشيء المدعى فيه اهـ. وفي التبصرة: أن الربع يوقف بالمنع من الإحداث بالشاهد العدل أو المرجو تزكيته وباللطخ كالشهود غير العدول الخ. فانظره ولعل مراده بغير العدول أي الذين لا ترجى تزكيتهم وهم من تتوسم فيهم الجرحة ولم تثبت، وأما معلوم الجرحة فلا توجب شهادته شيئاً على ما في المتيطية، وفي ابن ناجي ما نصه، وظاهر قوله يعني في المدونة: وأقام شاهداً عدلاً أنه لو أتى برجل أو رجلين فأكثر ولم يكن فيهم من يزكي وطلب وضع قيمته ليذهب به أنه لا يمكن من ذلك، وظاهر ما بعده يعني قولها أو بينة تشهد على السماع أنه سرق له مثل هذا العبد أنه يمكن من باب أحرى لأنهم شهدوا بالقطع أنه عبده والعمل على الثاني اهـ. فتأمل قوله: ولم يكن فيهم من يزكي الخ. فإن الذي لا يزكي هو معلوم الجرحة واحترزت في أصل التقرير بقولي الذي يؤمن فساده مما إذا لم يؤمن فإنه ينظر فإن رجي حصول ما لا يتم الحكم إلا به من إعذار وتعديل قبل فساده وقف، وإن خيف فساده قبل ذلك بيع ووقف ثمنه كما قال:

١٦٤ـ وكلُّ شَيءٍ يُسْرِعُ الفَسادُ لَهْ وَقِفَ لا لأنْ يُرىٰ قَدْ دَخَلَهْ

(وكل شيء) مبتدأ والجملة في قوله **(يسرع الفساد له)** صفة لشيء سواء استحق بعدلين أو بعدل أو بمجهول أو بمجهولين كان مستحقاً أو فائد ما استحق كلحم ومشمش ونحوهما **(وقف)** لمدة قليلة لا يدخله الفساد فيها **(لا لأن)** اللام بمعنى إلى وأن زائدة والمجرور بالام محذوف وجملة **(يرى)** صفته أي وقف لمدة قليلة لا إلى مدة يرى أن الفساد **(قد دخله)** فيها والجملة من وقف وما بعده خبر المبتدأ ولك أن تجعل أن غير زائدة ويكون المعنى وقف لرؤية عدم دخول الفساد فيه لا لرؤية دخوله وهو أقرب.

١٦٥ـ والحُكْمُ بَيْعُهُ وتَوْقيفُ الثَّمَنْ إنْ خِيفَ في التَّعْدِيل مِن طُول الزَّمَنْ

(وكل شيء يسرع الفساد له) إذا وقف سواء كان مستحقاً أو فائد المستحق كلحم ورطب فاكهة كمشمش، وقد استحق بعدلين وبقي الإعذار أو بعدل أو بشاهدين احتيج لتزكيتهما **(وقف)** لمدة يسيرة لا يدخله الفساد فيها **(لا لأن يرى قد دخله)** أي لا يوقف لمدة يرى أن يدخله الفساد فيها، ولو قال إن يدخله مكان قد دخله لكان أولى **(والحكم)** حيث كان التأخير إلى خوف الفساد **(بيعه)** أي

(فالحكم) مبتدأ والفاء جواب سؤال مقدر (بيعه) خبر وضميره يرجع لما يفسد بالتأخير (وتوقيف الثمن) معطوف على الخبر (إن خيف) شرط في البيع وتوقيف الثمن (في) التأخير لأجل (التعديل) والإعذار يتعلق بخيف (من طول الزمن) نائب فاعل خيف وقد علمت أنه لا مفهوم للتعديل بل التأخير للإعذار كذلك، وكذا لإقامة ثان حيث لم يحلف مع هذا لرجائه شاهداً آخر، فإن وجده وإلاَّ حلف فإن قال: لا أحلف مع هذا إن لم يجد آخر لم يبع بل يترك بيد حائزه يفعل به ما شاء. وحينئذ لا يقال: إن الإيقاف لتعديل المجهول أو المجهولين يباع فيه ما يفسد بخلاف العدل فإنه لا يباع بل يترك بيد حائزه مع أن الحكم كما يتوقف على تعديل المجهول كذلك يتوقف على إقامة ثان فأما أن يباع فيهما أو يترك للمطلوب فيهما. لأنا نقول: إنما قلنا بعدم البيع في العدل حيث قال صاحبه: لا أحلف معه إن لم أجد آخر كما مرّ لأنه قادر على إثبات حقه بيمينه، فلما ترك ذلك اختياراً صار كأنه مكنه منه بخلاف ذي المجهول أو المجهولين، فلا قدرة له قاله عبد الحق، وللمازري فرق آخر انظره في (ح) ولقد أطنب الناظم في هذه الأبيات فلو قال بعد قوله: ولا يزال من يدٍ بها ألف. ما نصه:

إلا الذي له الخراج يوقف ... وحكم مجهول كذاك يعرف
وكل ما له الفساد يسرع ... فبيعه للوقف مما يشرع

لكفاه والله أعلم.

وخامسها بقوله:

١٦٦ـ والمدَّعِي كالعَبْدِ والنِّشْدانُ ... ثبوتُهُ قامَ بهِ البُرهانُ

(والمدعي) مبتدأ (كالعبد) يتعلق به وأدخلت الكاف الثوب والفرس ونحوهما (والنشدان) مبتدأ والواو للحال (ثبوته) مبتدأ ثان وقوله: (قام به برهان) خبره والجملة خبر النشدان بكسر

ما يفسد (وتوقيف الثمن. إن خيف في التعديل من طول الزمن) ومفهوم في التعديل الإيقاف للإعذار والبيع وإيقاف الثمن في هذه أحرى، والإيقاف لإقامة ثان حيث لم يحلف، وقال: لا أحلف لأني أرجو شاهداً آخر فإن وجدته وإلاَّ حلفت فكذلك يباع ويوقف الثمن قاله عياض، وإن قال: لا أحلف البتة لم يبع ويخلى بينه وبين حائزه بعد يمينه (خ) وبيع ما يفسد ووقف ثمنه معهما بخلاف العدل فيحلف ويبقى بيده وهو نص ابن القاسم، وفرق عبد الحق بأن مقيم العدل قادر على إثبات حقه بيمينه، فلما ترك صار كأنه مكنه منه بخلاف ذي الشاهدين، وفرق المازري بأن الشاهدين أقوى لأن الواحد يعلم قطعاً أنه الآن غير مستحق وهما إذا عدلا إنما كشف عن وصف كانا عليه حال الشهادة.

ثم أشار الناظم إلى التوقيف بسبب اللطخ فقال: (والمدعي كالعبد) أي العبد أو نحوه من فرس أو ثوب أو حلي (والنشدان) بالكسر مصدر نشدت الناقة أنشدها نشداً ونشداناً أي طلبتها وأنشدتها إنشاداً إذا عرفتها يوضح الفرق بينهما قول الشاعر:

يصيخ للنبأة أسماعه ... إصاخة الناشد للمنشد

(ثبوته قام به برهان) أي حجة يعني أن من ادعى عبداً مثلاً وطلب إيقافه ليأتي ببينة تشهد به

النون مصدر نشد الضالة نشداً ونشدة ونشداناً بكسر النون فيهما إذا طلبها والبرهان الحجة.

١٦٧ـ أو السَّمَاعُ أنْ عَبدَهُ أَبِقْ   إنْ طَلَبَ التَّوقيفَ فَهوَ مُسْتَحِقْ

(أو السماع) مبتدأ **(أن)** بفتح الهمزة على حذف الجار يتعلق بالسماع **(عبده أبق)** بفتح الباء وقد تكسر خبرها. والجملة في تأويل مصدر يتعلق بالسماع وخبره محذوف لدلالة ما قبله عليه أي قام به برهان، والجملة معطوفة على الجملة الحالية قبلها، ويجوز عطف السماع على النشدان وظاهره كظاهر نص المدونة و(ح) الآتيين، ولو ثبت النشدان أو السماع بعدل واحد وهو كذلك لأنه بينة في الحقيقة يثبت به الحق فكيف باللطخ **(إن طلب التوقيف)** شرط **(فهو مستحق)** له بكسر الحاء جوابه، والجملة من الشرط والجواب خبر المدعي. ومعناه أن المدعي لنحو عبد. وقد أثبت بعدل أو عدلين نشدان عبد أو سماعاً بإباق عبد له فهو مستحق لتوقيفه الخمسة أيام ونحوها حيث ادعى أن له بينة حاضرة أو قريبة الغيبة تشهد على عينه بالقطع فقوله:

١٦٨ـ لِخَمْسَةٍ أوْ فَوقَها يَسيرا   حَيثُ ادَّعَى بَيِّنَةً حُضورا

(لخمسة) يتعلق بتوقيف كما قررنا واللام للغاية بمعنى إلى **(أو فوقها)** معطوف **(يسيرا)** حال أي فوق الخمسة بيوم أو ثلاثة لا أكثر **(حيث)** ظرف متعلق بمستحق كما قررنا أيضاً والجملة من قوله: **(ادعى بينة)** في محل جر بإضافة حيث **(حضورا)** صفة لبينة أي حاضرة بالبلد أو على مسافة ثلاثة أيام لأن القريب كالحاضر فإن لم يأت بشيء أسلم إلى المطلوب بعد يمينه إن ظن به العلم فإن أتى الطالب بعد ذلك ببينة حكم له بها. واعلم أن الإيقاف على وجهين فتارة يريد المستحق أن يذهب به ليقيم البينة على عينه وتارة ليأتي بالبينة تشهد على عينه، وكلام الناظم في الوجه الثاني، وأما الأول فلم يتعرض له، وسيأتي حكمه بعد هذا إن شاء الله فقوله: أو السماع من عطف العام على الخاص لأنه إما أن يكون من المستحق وهو المعبر عنه بالنشدان أو من غيره بأن يقولوا سمعنا من الثقات أو من غيرهم أنه ذهب له عبد مثلاً، ولهذا اقتصر في المدونة على السماع ولم يذكر نشداناً وعليه فلو قال الناظم:

والمدعي لنحو عبدك استحق   توقيفه بلطخ أنه أبق

لخمسة الخ. وما ذكره الناظم من التحديد بالخمسة ونحوها هو قول سحنون، ومذهب ابن القاسم أنه يوقف له من غير تحديد بالخمسة ولا غيرها بل بالاجتهاد. قال في التهذيب: فإن جاء بشاهد أو سماع وسأل إيقاف العبد ليأتي ببينة فإن كانت بعيدة وفي إيقافه ضرر استحلف

على عينه والحالة أنه أتى ببينة تشهد بالقطع أنه كان ينشد عبداً **(أو)** أتى ببينة تشهد بـ**(السماع أن عبده أبق)** بفتح الموحدة وتكسر أجيب **(إن طلب التوقيف فهو)** أي التوقيف **(مستحق)** فيؤجل **(الخمسة)** من الأيام **(أو فوقها يسيرا)** كستة أو سبعة. قال سحنون: يوقف الخمسة أيام إلى الجمعة **(حيث ادعى بينة حضورا)** ظاهره أنه قيد في المسألتين، وليس كذلك بل هو مسألة ثالثة فلو قال: أو ادعى بينة حضوراً. والمراد هنا ما هو أعم من البينة الشاهدة بالحق أو باللطخ. والمعنى أن المدعي إذا زعم أن له بينة حاضرة تشهد له بالحق أو بالنشدان، فإنه يجاب ويؤجل في هذه اليوم ونحوه، فإن لم تكن البينة حاضرة في هذه أو زادت غيبتها على الجمعة في الأولين حلف المطلوب أنه لا يعلم له

القاضي المدعى عليه وسلمه إليه بغير كفيل، وإن ادعى شهوداً حضوراً على حقه أوقفته له نحو الخمسة أيام أو الجمعة، وهذا التحديد لغير ابن القاسم، ورأى ابن القاسم أن يوقف له أي من غير تحديد أبو الحسن فقول سحنون خلافاً لابن القاسم في التحديد قال: ومفهوم قوله بعيدة هو قوله: وإن ادعى شهوداً حضوراً، وقوله بشاهد أي عدل وأبى أن يحلف معه لرجائه شاهداً آخر كما تقدم في شرح النظم قبل هذه الأبيات. وفي التبصرة إن أتى بلطخ كالقوم غير العدول أو عدول يشهدون بالسماع فإن أراد المدعي أن يذهب بالعبد إلى موضع بينته، فذلك له بعد أن يضع قيمته قال: وإن لم يرد أن يضع قيمته وقال يوقف حتى آتي ببينتي فإن كان مما يقرب وقف له ما بين الخمسة الأيام إلى الجمعة قاله سحنون، وإن كان مما يبعد وفيه مضرة لم يجب توقيفه وأحلف المطلوب وأخلي سبيله من غير كفيل يلزمه انتهى المقصود منه.

وبهذا تعلم أن قول الناظم حيث ادعى بينة حضوراً قيد في التوقيف بالسماع أو النشدان كما هو ظاهره، فقول من قال صوابه أو ادعى بينة حضوراً الخ. غير ظاهر لأنه إنما يحتاج إليه لو كان كلامه غير مطابق للمنصوص ومجرد دعوى البينة الحاضرة مسألة ثالثة لم يتكلم عليها الناظم كما لم يتكلم على التوقيف للذهاب به كما مرّ، وتكلم على ذلك في المختصر ولم يتكلم على ما في النظم كما يأتي.

ثم أشار الناظم إلى مفهوم قوله حضوراً وهو الوجه الأول في المدونة والوجة الثالث في التبصرة فقال:

١٦٩ـ وإنْ تَكُنْ بَعِيدَةً فَالمُدَّعَى عَلَيْهِ مَا القَسَمُ عَنْهُ ارْتَفَعَا

(**وإن تكن**) شرط (**بعيدة**) بأن زادت على الجمعة خبر تكن (**فالمدعى عليه**) مبتدأ (**ما**) نافية (**القسم**) مبتدأ متعلقه محذوف أي ما القسم بأنه لا يعلم فيه حقاً للقائم (**عنه ارتفعا**) خبره والجملة خبر الأول والجملة من الأول وخبره جواب الشرط، فإن نكل وقف هذا ظاهره لأن فائدة اليمين إنما تظهر في النكول وظاهره كظاهر المدونة المتقدم أنه يحلف كانا من بلد واحد أو أحدهما طارئاً وليس كذلك لأنه إذا ادعى الطارىء على المقيم. قال المقيم: أنت لا تدعي علي معرفة ذلك، وكذا العكس فلا يحلف أحدهما للآخر في طرو أحدهما قاله أبو الحسن عن اللخمي ونحوه في التبصرة لابن فرحون.

١٧٠ـ كَذاكَ مَعْ عَدْلٍ بِنِشْدَانٍ شَهِدْ وَبُعْدِ بَاقِيهِمْ يَمِينُهُ تَرِدْ

(**كذاك**) حال من فاعل ترد (**مع عدل**) يتعلق بترد أيضاً وجملة قوله: (**بنشدان شهد**) صفة لعدل (**وبعد باقيهم**) بضم الباء وسكون العين عطف على عدل (**يمينه**) مبتدأ (**ترد**) خبره أي ترد يمين المطلوب مع عدل شهد للطالب بنشدان ومع ادعائه بعد باقي الشهود به أي بالنشدان حال

فيها حقاً ولا وقفاً وإليه أشار بقوله: (**وإن تكن بعيدة فالمدعى عليه ما القسم عنه ارتفعا**) ويبقى الشيء بيده على حاله إلا أن يأتي القائم بحجة.

(**كذاك مع عدل**) واحد (**بنشدان شهد وبعد باقيهم**) أي باقي الشاهدين به (**يمينه ترد**) أي يحلف المطلوب أيضاً ولا وقف لعدم ثبوت اللطخ، ففي ابن يونس قال ابن القاسم: فإن قال أوقفوا

كونها كذلك من أنه يحلف لا يعلم فيه حقاً للقائم، وإنما وجبت اليمين ولم يوقف لأن اللطخ لم يتم. هذا ظاهر النظم عند شراحه وعليه قرروه ولم يدعموه بنقل وهو يقتضي أن الشاهد العدل بالسماع أو بالنشدان لا يكون لطخاً وفيه نظر، فإن مجرد دعوى قرب البينة الشاهدة بالقطع لطخ كما يأتي فكيف مع الشاهد الواحد بالنشدان أو السماع؟

فإن قلت: مرادهم لا يكون لطخاً مع بعد البينة الشاهدة بالقطع. قلنا: لو ثبت النشدان بعدلين في هذه لا يكون لطخاً كما في البيت قبله.

فإن قلت: مرادهم لا يكون لطخاً يوجب وقفه خمسة أيام أو فوقها ومجرد دعوى البينة الحاضرة إنما يوقف معها اليوم ونحوه. قلنا: لا دليل في كلامهم عليه على أنه ليس حلف المطلوب هنا لرد شاهد اللطخ بأولى من حلف الطالب مع شاهده ويوقف له ما لا ضرر فيه كالخمسة ونحوها، بل حلف الطالب أنه سرق له مع شاهد النشدان أو السماع ليوقف به ما ذكر أولى لأنه يؤول للمال ولأن الشاهد بالنشدان على القطع أقوى من بينة السماع به والله أعلم. وحينئذ فالواجب أن الضمير في قوله باقيهم يرجع لعدل بدون قيده أي وادعى بعد باقي شهود القطع لا شهود النشدان كقولهم: عندي درهم ونصفه، والمراد بالعدل الجنس فيشمل الواحد والمتعدد، وهذا وإن كان مفهوماً من البيت قبله لكنه أولى من الفساد.

تنبيهان. الأول: ما تقدم إنما هو في توقيف المدعى فيه وأما توقيف المدعى عليه نفسه حيث كانت الدعوى بما في الذمة ولم يأت بحميل بالوجه فسيأتي في قوله:

وضامن الوجه على من أنكرا ... دعوى امرىء خشية أن لا يحضرا

الثاني: تقدم أن الناظم لم يتكلم على الإيقاف للذهاب، وقد صرح في المدونة بأنه إيقاف أيضاً ولا على الإيقاف للإتيان بالبينة الحاضرة وتكلم عليهما (خ) ولم يتكلم على ما في النظم فقال مختصراً لما في المدونة: وإن سأل ذو العدل أو بينة سمعت وإن لم تقطع وضع قيمة العبد ليذهب به إلى بلد يشهد له على عينه. أجيب: لا انتفيا أي العدل والسماع وطلب إيقافه ليأتي ببينة وإن على مسافة كيومين إلا أن يدعي بينة حاضرة أو سماعاً بالبلد يثبت به فيوقف ويوكل به في كيوم اهـ. وظاهر قوله: ليذهب به الخ. ولو كانت ببلد بعيد وهو كذلك إن كانت الطريق مأمونة وإلا فينبغي

العبد حتى آتي ببينتي لم يكن له ذلك إلا أن يدعي بينة حاضرة على الحق أو سماعاً يثبت له دعواه، فإن القاضي يوقف له العبد ويؤجله حتى يأتي ببينة فيما قرب من يوم أو نحوه، فإن جاء بشاهد أو سماع وسأل إيقاف العبد ليأتي ببينة فإن كانت بعيدة وفي إيقافه ضرر استحلف المدعى عليه وسلمه إليه بغير كفيل. قال في المجموعة: ونفقة العبد في التوقيف على الذي يقضي له به، وظاهر النظم أنه إذا لم يكن لطخ ولا شاهد فلا إيقاف وصرح به (خ) فقال: وإن سأل ذو العدل أو بينة سمعت وإن لم تقطع وضع قيمة العبد ليذهب به إلى بلد ليشهد على عينه أجيب لا إن انتفيا أي العدل والسماع وطلب إيقافه ليأتي ببينة، وإن بكيومين إلا أن يدعي بينة حاضرة أو سماعاً يثبت فيوقف ويوكل به في كيوم اهـ. وقيل: يجاب بمجرد الدعوى وبه العمل ذكره في العمليات ونقله في الشارح عن أبي الحسن.

الرجوع بالصفة اتفاقاً قاله الرجراجي، وعليه فالفرق بين هذا وبين ما مر من أنه لا يوقف له مع بعد البينة أن الذهاب مع وضع القيمة أخف من الإيقاف من غير ذهاب لأنه إذا هلك في الذهاب أخذ المطلوب القيمة، وفي الإيقاف لا يأخذ شيئاً قال أبو الحسن والعبدوسي: وقوله ليذهب الخ. هذا في الطالب، وكذا في المطلوب إن أراد الذهاب بهما ليثبت ملكيتها بعد أن أثبتها الطالب، والخلاف الذي في الذهاب بالدابة المستحقة هل يتسلسل أو هو للأول المستحق من يده فقط مخصوص بمن يريد الرجوع بثمنه، وأما من أراد إثبات ملكيتها فله الذهاب أيّاً كان ولا يدخله الخلاف، قال معناه ابن رحال، وهذه المسألة لها فروع تتعلق بها أضربنا عنها لكونها أجنبية من النظم والله أعلم. وقوله: إلا أن يدعي الخ هذه هي المسألة الثالثة التي تقدم أن الناظم لم يتكلم عليها لأن الإيقاف بغير ذهاب إما بالنشدان أو السماع مع دعوى حضور البينة فيهما أو دعوى حضور البينة من غير نشدان ولا سماع إلا أنه في الأولى والثانية يوقف من الخمسة إلى الجمعة، وفي الثالثة اليوم ونحوه كما مر، وقوله أو سماعاً يثبت به الخ أي يثبت به اللطخ لا السماع المفيد للعلم فهو داخل تحت قوله: حاضرة، وقوله وضع قيمته أي عيناً ولا يكتفي منه بكفيل إلا برضا الآخر إلا أن يكون العبد قد استحق نفسه بحرية فيكتفي منه به، ومفهوم حاضرة أنه إذا لم يدع ذلك لا إيقاف أصلاً لا للذهاب ولا للإتيان ببينة وهو ظاهر قول الناظم ومدع كالعبد الخ. وحكى ابن ناجي الاتفاق على عدم الإيقاف حينئذ. قال ابن أبي زمنين: ولو جاز هذا أي الإيقاف بغير لطخ لاعترض الناس أموال الناس اهـ. وهذا هو القسم السادس المتقدم في التحصيل. قلت: وجرى العمل بالإيقاف بمجرد الدعوى وتمكينه من وضع القيمة ولو لبلد بعيد قال ناظمه:

وكل مدع للاستحقاق ... مكن من الإثبات بالإطلاق

وبحث في هذا العمل غير واحد بأن العمل لا بد أن يستند إلى قول ولا قائل بإيقاف بمجرد الدعوى. قلت: رأيت في اختصار الونشريسي للبرزلي ناسباً لأوائله ما نصه: لا يفتى بغير قول ابن القاسم إلا في خمس مسائل فذكرها إلى أن قال: الرابعة توقيف المخصوم فيه قبل إثبات الطالب وهو رواية ابن عبد الحكم وابن كنانة اهـ. وقد علمت أن ما مرّ في النظم و(خ) كله في المدونة فلم يبق حمله إلا على مجرد الدعوى فانظر ذلك في أوائل البرزلي، وانظره مع ما مرّ عن ابن ناجي من الاتفاق على أن هذا العمل إن صح مستنده ففيه ما لا يخفى من الإخلال بحق المطلوب والمحافظة على حق الطالب، فإن كان ولا بدّ فينبغي أن يضع قيمة كرائها في أيام الذهاب والإيقاف زيادة على قيمتها، فإن لم يثبت شيئاً أخذه المطلوب لأن هذا قد اعترض مال غيره وعطله عن منافعه من غير أن يستند إلى لطخ بخلاف ما إذا استند له فلا يضمن الكراء للشبهة ولم أر ذلك منصوصاً لأحد ممن قال بهذا العمل، وقد حكى كثير من الناس أنهم كانوا إذا تعذر عليهم المعاش يذهبون للفنادق فيعترضون دواب الواردين حتى يصالحوهم بقليل أو كثير، ولا سيما إن كان رب الدابة مزعوجاً يريد الخروج في الحين، وقد شاهدنا من ذلك العجب العجاب وقد قال في الذخيرة: إذا التزم المدعى عليه إحضار المدعى فيه لتشهد البينة على عينه فإن ثبت الحق فالمؤنة على المدعى عليه لأنه مبطل وإلاَّ فعلى المدعي لأنه مبطل في ظاهر الشرع ولا تجب أجرة تعطيل المدعي به في مدة الإحضار اهـ. فتأمل قوله لأنه مبطل في ظاهر الشرع الخ. مع أن ما قاله من وجوب الإحضار إنما هو مع قيام اللطخ.

فصـــل

ذكر فيه النوع الرابع من أنواع الشهادات.

١٧١ـ رَابِـعَـةٌ مـا تُـلْـزِمُ الـيَـمِـيـنـا لا الـحَـقَّ لَـكِـنْ لِـلْـمُـطَـالِـبِـيـنـا

(رابعة) أي شهادة رابعة مبتدأ **(ما)** موصولة واقعة على الشهادة وهي مع صلتها خبر **(تلزم)** بضم التاء مضارع ألزم **(اليمينا)** مفعول **(لا الحق)** معطوف عليه **(لكن)** حرف استدراك وابتداء لا عاطفة لتخلف شرطها الذي هو تقدم النفي أو النهي **(للمطالبينا)** بفتح اللام اسم مفعول يتعلق بمحذوف دل عليه ما قبله أي لكن تلزمها للمطالبين لا للطالب كما في القسم الثاني، واللام الجارة بمعنى «على» إن فسرنا تلزم بتوجب وأما إن أبقيناه على معناه فهي زائدة لا تتعلق بشيء.

١٧٢ـ شَـهَـادَةُ الـعَـدْلِ أو اثْـنَـتَـيـنِ فـي طَـلاقٍ أو عَـتَـاقٍ أو قَـذْفٍ يَـفِـي

(شهادة) خبر مبتدأ مضمر أي وهي شهادة **(العدل)** الواحد **(أو)** شهادة امرأتين **(اثنتين في طلاق)** يتعلق بتفي على قراءته بالتاء المثناة فوق على أنه حال من شهادة والمجرور يتعلق به أي حال كون شهادة العدل أو المرأتين كائنة في طلاق **(أو عتاق أو قذف)** ويجوز أن يتعلق المجرور بشهادة و**(يفي)** بالياء المثناة تحت صفة لقذف، فإذا أقامت الزوجة شاهداً أو امرأتين بالطلاق أو أقام العبد شاهداً بالعتق أو أقام المقذوف شاهداً أو امرأتين بالقذف حلف المطلوب في الجميع لرد شهادة الشاهد وبرىء وفهم منه أنه لا يمين بمجرد الدعوى. قال مالك: ولو جاز هذا للنساء والعبيد لم يشأ عبد إلا حلف سيده ولا امرأة إلا حلفت زوجها كل يوم.

١٧٣ـ وتُـوقَـفُ الـزَّوجَـةُ ثُـمَّ إنْ نَـكَـلْ زَوْجٌ فَـسِـجْـنٌ ولِـعَـامِ الـعَـمَـلْ

(وتوقف الزوجة) قبل الحلف أي يحال بينها وبين زوجها، وكذا العبد للإعذار في الشاهد أو لإرادة إقامة ثان فإن عجز المطلوب عن الدفع وعجز الطالب عن الإتيان بثان توجهت اليمين **(ثم إن نكل)** عنها **(زوج)** أو سيد أو قاذف **(فسجن)** لازم للجميع وفي قدر مدته روايات قيل أبداً حتى يحلف، وقيل إلى أن يطول والطول بالاجتهاد وقيل عام كما قال: **(ولعام العمل)** فإن

فصـــل

في النوع الرابع من أنواع الشهادة شهادة **(رابعة ما)** أي هي الشهادة التي **(تلزم اليمينا)** فما موصولة و **(لا)** تلزم **(الحق لكن)** اليمين في النوع الثاني لازمة للطالب، وفي هذا **(للمطالبينا)** بفتح اللام اسم مفعول والجارة زائدة فإن فسرها تلزم بتوجب كانت بمعنى على نحو: ﴿ويخرون للأذقان﴾ [الإسراء:١٠٩] أي عليها وهي **(شهادة العدل)** الواحد **(أو)** امرأتين **(اثنتين في طلاق أو عتاق أو قذف يفي)** أو نحوها مما لا يثبت إلا بعدلين وتوقف الزوجة فإن حلف الزوج لرد شهادة من ذكر برىء وإن نكل سجن، فإن طال دين والطول بالاجتهاد. وقيل: سنة وبه العمل كما قال: **(وتوقف الزوجة ثم إن نكل. زوج فسجن ولعام العمل)** وبه أخذ ابن القاسم وهو الذي رجع إليه مالك، وعن مالك إذا نكل طلقت مكانها. ابن يونس: إذا ادعت امرأة على زوجها طلاقاً لم يحلف الزوج إلا أن تقيم المرأة شاهداً أو امرأتين ممن تجوز شهادتهما في الحقوق فيحلف الزوج قال مالك: ويحال بينه

حلفوا بعدها وإلا أطلقوا، وإنما لم يكن النكول كشاهد لأن هذه ليست بمال، وكان مالك يقول: تطلق بالنكول مع الشاهد ثم رجع إلى ما في النظم فقوله: فسجن مبتدأ والخبر محذوف كما ترى وثم للترتيب عطفت جملتي الشرط والجزاء على جملة توقف، وفهم من تخصيصه الحكم بهذه الثلاث أن غيرها مما لا يثبت إلا بعدلين لا يجزى فيه ذلك، فلا يحلف السارق لرد شهادة الشاهد بالنسبة لقطعه ولا الصبي لرد شهادة الشاهد ببلوغه بالنسبة لإقامة الحد عليه، ولا المرتد لرد شهادة الشاهد التعديل والتسفيه ونحو ذلك، ولا يسجن الولي بعدم حلفه لرد شهادة الشاهد بعفوه بل يسقط القصاص، كما إذا لم يحلف مع مجرد الدعوى (خ) وللقاتل الاستحلاف على العفو الخ. وذلك لأن العفو تخلفت فيه قاعدة كل دعوى لا تثبت إلا بعدلين فلا يمين بمجردها. وكذا النكاح إن ادعاه أحد الزوجين على الآخر فلا يمين لرد شهادة شاهده لأنه لو أقرّ به لم يثبت بخلاف الطلاق وما معه، ولأن الغالب شهرته فالعجز عن شاهدين دليل على كذب مدعيه ما لم يكونا طارئين وإلاّ توجهت لرد شهادة الشاهد لأن الشهرة لا تتأتى في الطارئين (خ) وحلف بشاهد في طلاق وعتق لا نكاح، فإن نكل حبس وإن طال دين.

١٧٤ـ وقـيـلَ لِـلـزَّوْجَـةِ إذْ يُـدَيَّـنُ ... تَـمْـنَـعُ نَـفْـسَـهـا ولا تَـزَيَّـنُ

(وقيل للزوجة إذ يدين) مبني للمفعول نائبه يعود على الزوج، وهذا وجه تخصيصه بالذكر فيما مر، وإلا فالسجن لا يختص به كما مرّ والمجرور والظرف يتعلقان بقيل **(تمنع نفسها ولا تزين)** أي لا تستعمل زينة النساء فهو مبني للفاعل حذفت منه إحدى التاءين لأن أصله لا تتزين، والجملة من تمنع وما عطف عليها في محل رفع نائب فاعل قيل: أي يقال لها هذا اللفظ ولا مفهوم للزوجة، بل أمة الوطء كذلك في العتق وما ذكره في الزوجة ظاهر إذا كان الطلاق بائناً (خ) ولا تمكنه إن سمعت إقراره وبانت أي والحال أنها بانت ولا تتزين إلا كرهاً ولتفتد منه وفي جواز قتلها له عند مجاورتها قولان.

وبينها حتى يحلف فإن نكل طلقت عليه مكانها. وروي عنه إن طال سجنه دين وترك والطول سنة، وبهذا أخذ ابن القاسم. وكذا القولان في العبد إذا نكل السيد هل يعتق عليه بنكوله ويسجن؟ قال اللخمي: ويختلف في القاذف إذا نكل هل يحد أو يسجن أبداً حتى يحلف أو سنة فاعتمد المصنف على ما رجع إليه مالك في الأولين، وعلى ما للخمي في مسألة القذف قاله الشارح. ثم إذا دين وأخرج بعد العام تركت له زوجته إلا أنها لا يجوز لها أن تتزين له ولا أن تمكنه من نفسها كما قال: **(وقيل)** أي ويقال: **(للزوجة إذ يدين تمنع نفسها)** منه **(ولا تزين)** إلا مكرهة ولتفتد منه محمد ولو بشعر رأسها. مالك: ولا يمين بمجرد دعوى المرأة أو العبد ولو جاز هذا للنساء والعبيد لم يشأ عبد إلا حلف سيده ولا امرأة إلا حلفت زوجها كل يوم اهـ. وأما النكاح فقيل كذلك وأنه يجب فيه اليمين مع الشاهد، وقيل لا، وعليه اقتصر (خ) فقال: وحلف بشاهد في طلاق وعتق لا نكاح وهو المشهور، ومثله الرجعة قال الرعيني: كل دعوى قام فيها شاهد واحد فلا بد فيها من يمين المدعي أو المدعى عليه إلا النكاح والرجعة نقله المكناسي في مجالسه.

فصـــل

ذكر فيه القسم الخامس من أقسام الشهادة المتقدمة في قوله: ثم الشهادة لدى الأداء. جملتها خمس الخ. وما يقال هنا من أن هذا القسم ليس من أقسامها، بل هو قسيم أي مقابل لها مناقشة لفظية لا طائل تحتها.

١٧٥ـ خامِسَةٌ لَيسَ عَليها عَمَلُ وهْيَ الشَّهاةُ التي لا تُقبَلُ

(خامسة) مبتدأ سوغه الوصف كما مرّ والجملة من قوله: **(ليس عليها عمل)** خبره أي لا عمل عليها في شيء فلا توجب يميناً ولا توقيفاً فضلاً عن غيرهما **(وهي)** مبتدأ **(الشهادة)** خبره **(التي لا تقبل)** صفة أي لا تقبل ما لتخلف شرط من الشروط المتقدمة أول الباب.

١٧٦ـ كَشَاهِدِ الزُّور والإبنِ لِلأبِ وما جَرىٰ مَجْرَاهُما مِمَّا أُبي

(كشاهد الزور) سواء ظهر عليه في هذه الشهادة أو فيما قبلها لأنه فاسق **(و)** أما القيام مانع كشهادة **(الابن للأب)** والزوج للزوجة **(وما جرى مجراهما مما أبي)** أي منع فمما جرى مجرى الأول فقد العقل والبلوغ والحرية وعدم اجتناب الكبائر المشار لها بقوله أول الباب: وشاهد صفته المرعية، إلى قوله: وما أبيح وهو في العيان الخ. ومن ذلك من اعتاد مؤاجرة نفسه لأهل الذمة يستعملونه في الحراثة وشبهها لما فيه من إهانة الإسلام، ومما جرى مجرى الثاني العداوة وتهمة الجر والدفع المشار لها بقوله: والأب لابنه وعكسه منع. إلى قوله: وحيثما التهمة حالها غلب. كحالة العدو والظنين الخ. فقوله مجراهما بفتح الميم ظرف يتعلق بجرى، ومما بيان لما يتعلق بجرى وأبي بضم الهمزة مبني للمفعول صلة ما.

فصـــل

في النوع الخامس شهادة **(خامسة ليس عليها عمل)** فلا توجب حقاً ولا يميناً **(وهي الشهادة التي لا تقبل)** لفقد شرط أو وجود مانع **(كـ)**شهادة **(شاهد الزور)** لفقد العدالة **(و)** كشهادة **(الابن للأب. وما جرى مجراهما مما أبى)** أي منع فمن معنى الأولى شهادة العبد والفاسق والمغفل، ومن معنى الثانية شهادة العدو على عدوه، والجار لنفسه، والدافع عنها قال في المدونة: وترد شهادة النائح والنائحة، والمغني والمغنية وبسماع العود، وقال في المجموعة: ولو شهد أربعة على أبيهم بالزنا لم تقبل شهادتهم لتهمتهم على إرثه. وقال في الرسالة: وهو لفظ حديث عن النبي ﷺ: «ولا تجوز شهادة خصم ولا ظنين ولا جار لنفسه». وقال في المتيطية: وترد شهادة من يعمل بالربا أو يشرب الخمر أو يعصرها أو يبيعها أو يسمع القيان أو يلعب بالحمام اهـ. وإذا علمت إطلاق الشهادة على هذا القسم كما في كلام أهل المذهب، وأنها مردودة فجعل الناظم كالجزيري لها قسماً خامساً صحيح بين، وقول الشارح: ومن قلده ليس هذا القسم في الحقيقة قسماً منها، وإنما هو قسيم لها فيه نظر، لأنه إن عنى قسيماً لها باعتبار أنه لا يطلق عليه اسم الشهادة فقد علمت بطلانه، وإن عنى باعتبار أنه لا يفيد فهو عين ما قاله الناظم إذ جعله قسيماً للأقسام الأربعة المفيدة وقول (م): الصواب في التقسيم أن يقال الشهادة على قسمين ما يوجب أمر أو يدخل فيه الأقسام الأربعة

فصـــل في شهادة السماع

وهي قسمان: ما يفيد العلم سواء بلغ حد التواتر المفيد للقطع كالسماع بأن مكة موجودة وعائشة زوج النبي ﷺ، أو حدّ الاستفاضة المفيدة للظن القوي القريب من القطع، كالسماع بأن نافعاً مولى ابن عمر، وعبد الرحمن هو ابن القاسم، وهذا القسم لا يصرح الشاهد فيه بالسماع، بل يجزم الشهادة فقد قيل لابن القاسم: أيشهد بأنك ابن القاسم من لا يعرف أباك ولا أنك ابنه إلا بالسماع؟ فقال: نعم يقطع بهذه الشهادة ويثبت بها النسب والإرث. ابن رشد: لا خلاف في هذا لأن الخبر إذا انتشر أفاد العلم فإذا انتشر الخبر بأن فلاناً تزوج فلانة وكثر القول به جازت الشهادة بالنكاح على القطع، وإن لم يحضر لعقده وكذا الموت والنسب وغيرهما إذا حصل له العلم بذلك من جهة السماع فيؤدي شهادته على القطع فيقول: نعلم أنها زوجته وأنه ابن فلان ولا يخبر بأن ذلك العلم إنما حصل له من جهة السماع. قلت: إذا أخبر بذلك هل تبطل به الشهادة كما مرّ عند قوله وغالب الظن الخ. والظاهر أنها لا تبطل إذا صرح بالانتشار أو التواتر.

القسم الثاني: ما لا يفيد العلم ولا الظن القريب منه وهذا هو الذي يقصد الفقهاء الكلام عليه، وإذا أطلقت شهادة السماع إنما تنصرف إليه وهو راجع في الحقيقة للشهادة التي توجب الحق مع اليمين. ابن عرفة: هي لقب لما يصرح الشاهد فيه بإسناد شهادته لسماع من غير معين فتخرج شهادة البت والنقل فالبت خرج بقوله بإسناد شهادته لسماع، والنقل بقوله من غير معين، والكلام عليها في هذا القسم من وجهين. الأول: شرطها ومنه تعلم كيفيتها. الثاني: محلها أي المحل الذي تجوز فيه دون غيره، فأما الشرط فسيأتي في قول الناظم: وشرطها استفاضة إلى قوله: مع السلامة من ارتياب الخ. وأما محلها وهو ما تقبل فيه ففيه طرق. ثالثها لابن شاس وابن الحاجب وغيرهما أنها تجوز في مسائل معدودة، ولرجحانها اقتصر الناظم عليها فقال:

وما لا يوجب شيئاً وهي هذه اهـ. فيه نظر إذ هو عين تقسيم الناظم لا فرق بينهما إلا أنه جعلها قسمين والأول ينحل لأربعة فعادت خمسة والله سبحانه أعلم وأحكم.

فصـــل في شهادة السماع

وترجع كما في المتيطي للشهادة التي توجب الحق مع اليمين. ابن عرفة: هي لقب لما يصرح فيه الشاهد باستناد شهادته لسماع من غير معين فتخرج شهادة البت والنقل أي: لأن المنقول عنه في شهادة النقل معين قال ابن فرحون، عن ابن رشد: وشهادة السماع لها ثلاث مراتب: المرتبة الأولى: تفيد العلم وهي المعبر عنها بالتواتر كالسماع بأن مكة موجودة، فهذه بمنزلة الشهادة بالرؤية وغيرها مما يفيد العلم. المرتبة الثانية: شهادة الاستفاضة وهي تفيد ظناً يقرب من القطع ويرتفع عن السماع مثل الشهادة بأن نافعاً مولى ابن عمر، وأن عبد الرحمن هو ابن القاسم، والهلال إذا رآه الجم الغفير من أهل البلد، واستفاضة العدالة أو الجرح فيستند لذلك، ولا يسأل عن عدالة المشهودين. المرتبة الثالثة: شهادة السماع وهي التي تكلم عليها الفقهاء وهي المرادة هنا والكلام عليها في صفتها وفي محالها وفي شروطها، فأما صفتها فقال ابن عرفة. الباجي: وشرط شهادة السماع أن يقولوا سمعنا

١٧٧ـ وأُعْمِلَتْ شَهادَةُ السَّماعِ   في الحَمْلِ والنِّكاحِ والرَّضَاعِ

(**وأعملت شهادة السماع في الحمل**) يتعلق بأعملت أي يشهدون بالسماع الفاشي أن الأمة الفلانية حملت من سيدها فلان حملاً ظاهراً لا خفاء فيه فتصير بذلك أم ولد إن ادعت سقوطه وتصدق في ذلك، وإلاَّ فهو قوله فيما يأتي والميلاد الخ. وهذا ظاهر إن كان السيد قد مات أو كان حياً أو أقرّ بوطئها وإلاَّ فلا. (**والنكاح**) أي يشهدون بالسماع الفاشي على ألسنة أهل العدل وغيرهم أن فلاناً نكح فلانة هذه بالصداق المسمى وأن وليها فلاناً عقد عليها نكاحها برضاها وأنه فشا وشاع بالدف والدخان. هكذا ذكر المتيطي هذه الوثيقة في نهايته قال: فإذا أعذر القاضي للمرأة ولم تجد مطعناً ثبت النكاح واستحق البناء بها. وقال قبل هذه الوثيقة ما نصه: فإن أتى المدعي منهما ببينة بالسماع الفاشي من أهل العدل وغيرهم على النكاح واشتهاره بالدف والدخان ثبت النكاح على المشهور المعمول به. وقال أبو عمران: إنما يعمل بالسماع في النكاح إذا اتفق الزوجان عليه وإلاَّ فلا اهـ. واقتصر ابن هارون في اختصاره على قوله: فإن أتى المدعي الخ. وكذا ابن فرحون في تبصرته، فظاهر كلامهم أن قول ابن عمران مقابل وصرح به في الشامل في تنازع الزوجين فقال: ولا يثبت النكاح إلا ببينة ولو بسماع على اشتهاره بدف ودخان على المشهور، وقيل: إن اتفقا على الزوجية اهـ. وشهر في شهادة السماع في باب الشهادات ما لأبي عمران فقال: ونكاح اتفق عليه الزوجان على المشهور وإلاَّ فلا اهـ. قال ابن رحال: عقبه ما قاله أبو عمران وشهره في الشامل يعني في باب الشهادات فيه ما فيه، وقال في حاشيته: هنا الراجح الجواز وإن لم تكن تحت الحجاب ونحوه لـ(ز) في تنازع الزوجين وعلى خلاف أبي عمران رد (خ) بقوله في التنازع ولو بالسماع، وقد علمت من هذا أن النكاح يثبت بالسماع على المعمول به، ولو أنكرت المرأة أو لم تكن تحت حجاب الزوج خلافاً لأبي عمران في الإنكار ولابن الحاج فيما إذا لم تكن تحت الحجاب وهذا كله إذا لم تكن تحت زوج آخر، وإلاَّ فلا تنزع منه بالسماع اتفاقاً.

سماعاً فاشياً من أهل العدل وغيرهم وإلاَّ لم تصح قاله ابن حبيب عن الأخوين. وقاله محمد قالا: ولا يسموا من سمعوا منه فإن سموا خرجت من شهادة السماع إلى الشهادة على الشهادة، وقاله ابن القاسم وأصبغ، وفي اشتراط العدالة في المسموع ثالثها إلا في الرضاع اهـ. ويقول الناظم: وشرطها الخ. وأما محالها وما تقبل فيه ففيه طرق. إحداها: لعبد الوهاب أنها مختصة بما لا يتغير حاله ولا ينتقل الملك فيه كالموت والنسب والوقف قال: وفي قبولها في النكاح قولان، الثانية: لابن رشد أن فيها أربعة أقوال تصح في كل شيء ولا تصح في شيء. الثالث: تجوز في كل شيء إلا في أربعة أشياء النسب والقضاء والنكاح والموت إذ من شأنها أن تستفيض فيشهد فيها على القطع. الرابع: عكسه قال أبو محمد صالح: ويجمعها قولك: فلان بن فلان القاضي نكح فمات.

الطريقة الثالثة لابن شاس وابن الحاجب وغير واحد أنها تجوز في مسائل معدودة وقع النص عليها وإياها سلك الناظم فقال: (**وأعملت شهادة السماع في الحمل**) ومما ينبني عليه أن تصير الأمة أم ولد (**والنكاح**) يعني حيث تكون المرأة تحت حجابه وفي حوزه، وإلا لم ينتفع بها ولا يدخل بالمرأة بسببها إلا أن يكون سماعاً منتشراً مستفيضاً يفيد العلم، كما أن عائشة زوج النبي ﷺ وإلاَّ فلا. قاله

فإن قيل: ظاهر ابن الحاج أنه لا يعمل بها إذا لم تكن تحت حجابه ولو مقرة بالنكاح وظاهر ما لأبي عمران عكسه وكيف يكلفان بثبوته مع الإقرار وكونها تحت الحجاب؟ قلنا: يكلفان حيث كانا بلديين لرفع الحد عنهما ولا يكفي فيه الواحد كما مرّ عند قوله: رابعة ما تلزم اليمين الخ. وظاهر ما مر عن المتيطي أن بينة السماع لا بد أن تذكر العاقد والصداق كبينة القطع، وهذا ظاهر إذا حملنا كلامه على شرط الصحة، والظاهر أنه شرط كمال بدليل قوله: وإن فشا وشاع بالدخان. الخ، مع أنهما لا تشترط معاينتهما ولا كونهما من جملة المسموع كما في (ز) وغيره ولأن الفرض أن النزاع في أصل الزوجية لا في تلك الفصول فإذا رجع المنكر عن إنكار أصل الزوجية إلى أنها وقعت بغير ولد أو بغير رضاها فذلك انتقال من دعوى لأخرى فتبطل الأولى والثانية، وهذا كله إذا لم يطل الزمان وإلا فيكفي السماع بأنها زوجته ولا سيما مع موت أحدهما. ابن رشد: إذا كانت المرأة منقطعة عمن تقاررت معه على النكاح ولا بينة على أصله وليسا بطارئين فقيل لا ميراث بينهما، وإن طال ذلك وفشا في الجيران قال: وهذا القول بعيد لأن النكاح مما تصح فيه شهادة السماع إذا مضى من الزمان ما يبيد فيه الشهود أي كالعشرين سنة ونحوها. وقول المتيطي والشامل بالدف والدخان لا مفهوم له، بل لو لم يتعرضوا لهما لصح، وكذا لو لم يتعرضوا للصداق فيما يظهر ويجب صداق المثل كما ذكروه فيما إذا شهدوا بالقطع ولم يحفظوا صداقاً لجواز نكاح التفويض والله أعلم.

(والرضاع) أي لم يزالوا يسمعون أنها أخته أو أمه من الرضاع فتنتشر الحرمة وظاهره كغيره أنه يفرق بينهما بهذه ولو بعد العقد كما أن ظاهر كلامهم أيضاً أن السماع الفاشي بالعتق ينتزع به من حائزه حيث لم تكن له بينة قاطعة بملكة وإلاَّ لم يكن لبينة السماع فائدة. وبيانه: أن مدعي رقبته له لا يستحقه بمجرد دعواه، فإن كانت له بينة بملكه قدمت بينة الملك فلا حاجة لبينة السماع فيهما، وإن لم يكن له إلا مجرد الحوز فهو الذي تظهر فيه ثمرتها وهو المطلوب فتأمل ذلك، وحينئذ فقولهم بينة السماع لا ينتزع بها من حائز مخصوص بما يحول ويزول والله أعلم.

١٧٨ــ والحَيْضِ والمِيرَاثِ والمِيلادِ ... وحَالِ إسْلامٍ أو ارْتِدادِ

(والحيض) فيثبت به الخروج من العدة في الطلاق الرجعي فلا توارث بينهما بعده **(والميراث)** حيث شهدوا بالسماع أنه مات وأنه لا وارث له سوى فلان لكونه مولاه أو ابن عمه وأنهم سمعوا أنه يجتمع معه في الجد الفلاني أو في جد واحد كما في البرزلي عن ابن رشد، وهذا حيث لم يكن هناك وارث معلوم النسب **(والميلاد)** فتصير الأمة أم ولد وتخرج به الحرة من العدة فلا توارث إن مات أحدهما **(وحال إسلام أو)** حال **(ارتداد)** فتبنى عليهما أحكامهما من الإرث وغيره.

في المجالس لأن شهادة السماع لا يستخرج بها من يد حائز، وإنما تنفع للحائز **(والرضاع)** فتنتشر الحرمة، وهذا قبل العقد وإلا لم يكن للمرأة أن تمنع نفسها بذلك لكونها في حوز الزوج وعصمته **(والحيض)** فيثبت البلوغ والخروج من العدة **(والميراث)** حيث شهدت بأنه وارثه لكونه مولاه أو ابن عمه فترجع للنسب أو الولاء **(والميلاد)** فتصير أم ولد وتخرج من العدة **(وحال إسلام أو ارتداد)** فتنبني عليهما أحكامهما ويرثه أولاده المسلمون دون الكفار أو بيت المال **(والجرح)** فترد شهادته

١٧٩ـ والجَرْحِ والتَّعْدِيلِ والوَلاءِ   والرُّشْدِ والتَّسْفِيهِ والإيصاءِ

(والجرح) بفتح الجيم أي التجريح وظاهره كغيره بينوا سببه أم لا كقولهم: لم تزل تسمع أنه مجرح فتسقط شهادته **(والتعديل)** فيعمل بشهادته وما ذكره في التجريح والتعديل قال القرافي في فروقه: محله إذا لم يدرك زمان المجرح والمعدل بالفتح وإلا فلا بدّ من القطع **(والولاء)** والمراد به اللحمة التي هي كلحمة النسب لا مجرد المال فقط خلافاً لقول (خ) في العتق والولاء: وإن شهد واحد بالولاء أو اثنان أنهما لم يزالا يسمعان أنه مولاه لم يثبت لكنه يحلف ويأخذ المال الخ فإنه خلاف المعتمد. **(والرشد)** فتمضي أفعاله ولو مولى عليه على ما به العمل من اعتبار الحال لا الولاية **(والتسفيه)** فترد أفعاله ولو لم يكن مولى عليه **(والإيصاء)** بالنظر لشخص معين على الأولاد كما في التبصرة عن الكافي، وأما الوصية بالمال فهي داخلة في الهبة والصدقة كما قال:

١٨٠ـ وفِي تَمَلُّكٍ لِمِلْكٍ بِيَدِ   يُقَامُ فِيهِ بَعْدَ طُولِ المَدَدِ

(و) أعملت أيضاً **(في)** سبب **(تملك)** أي دخول **(الملك)** أصلاً كان أو غيره **(بيد)** حائزه فأطلقوا السبب الذي هو التملك بمعنى الدخول في الملك على سببه الذي هو ما يوجب النقل من الشراء والصدقة ونحوهما، والباء بمعنى في تتعلق بملك والأصل إضافة تملك للملك لكن لما كانت الإضافة بمعنى اللام أظهرها للوزن أي وأعملت في سبب دخول الملك في ملك ذي يد، فإذا كان الملك بيده ثم **(يقام)** عليه **(فيه بعد طول المدد)** جمع مدة كالعشرين سنة على ما به العمل وأثبت القائم أن الملك لأبيه أو جده، فإن ذا اليد يكفيه بينة السماع أنه اشتراه من كأبي القائم أو وهبه له أو تصدق به عليه أو أوصى به له، وإنما تسمع بينة القائم ويحتاج الحائز إلى ردها ببينة السماع إذا كان له عذر من غيبة أو سفه ونحوهما، وإلاَّ فمجرد الحيازة مدة من عشر سنين قاطع لبينته كما يأتي إن شاء الله، ومفهوم بعد طول أنه لا يعمل بها مع عدمه وهو كذلك لأن الطول مظنة انقراض البينات، فلذا اكتفى معه بالسماع وانظر ما يأتي عند قوله مع السلامة من ارتياب، وظاهره أنه خاص بالتملك المذكور وهو خلاف ظاهر. ابن الحاجب: من شرطيته في جميع الإفراد وعليه قرره ابن عبد السلام وهو ما عول عليه الشارح فيما يأتي حيث قال: من شروطها تقادم العهد وطول الزمن. قال ابن رحال في حاشيته: هنا طول الزمان يشترط في جميع أفراد شهادة السماع إلا في ضرر الزوجين اهـ. ويمكن تمشية المصنف عليه بجعل قوله: يقام فيه الخ

(والتعديل) فتقبل **(والولاء والرشد)** فتمضي أفعاله **(والتسفيه)** فترد **(والإيصاء)** قال ابن غازي: هكذا وقع هذا اللفظ في كلام ابن العربي والقرافي والغرناطي غير مفسر، والظاهر أنهم قصدوا ما في الكافي من الإيصاء بالنظر، وأما الوصية بالمال فلم أر من صرح به، وقال المنجور: يفهم من كلام الزقاق أنه الوصية بالمال، **(وفي تملك لملك)** كائن **(بيد)** إنسان أي تملك المشهود له لأصل هو بيده لأن شهادة السماع إنما تنفع للحائز ثم **(يقام)** عليه **(فيه بعد طول المدد)** جمع مدة كالخمسين سنة على ما في المدونة، وقيل: خمسة عشر. وقال ابن رشد: العمل عندنا على قول ابن القاسم بعشرين سنة، فإذا أثبت القائم بعدها أن الملك له كفى صاحب اليد شهادة السماع، لكن بأنه اشتراها من أب القائم أو جده مثلاً، فكان من حق الناظم أن يزيد بيتاً لتمام تصوير المسألة فيقول مثلاً:

راجعاً لجميع ما مر وأنه حذفه من قوله وعزل حاكم الخ لدلالة ما قبله عليه، وقوله: إلا في ضرر الزوجين يريد وكذلك النكاح في حياة الزوجين كما مر تفصيله، وتأمل ما معنى اشتراطه حينئذ في نحو الحيض والحمل، والظاهر أن معناه في الحمل حينئذ أن تحتاج الأمة بعد موت سيدها من نحو عشرين سنة إلى إثبات كونها حملت من سيدها لتثبت حريتها أو يحتاج أولادها الذين نشأوا بعد ذلك الحمل إلى ذلك ليكون لهم حكمها، وكذا في الحيض فإن الزوج إذا طلق زوجته طلاقاً رجعياً وأشهد بارتجاعها فماتت الزوجة وبعد مدة من عشرين سنة مثلاً تنازع الزوج وورثتها في الميراث فأقام الورثة بينة بالسماع أنها حاضت الثالثة قبل تاريخ الارتجاع فلا ميراث للزوج، وإلا فالمرأة مصدقة في انقضاء عدتها فيما يمكن فلا تحتاج لسماع والذي لابن هارون واعتمده ابن عرفة أن الطول إنما يشترط في الأملاك والأشربة والأحباس والأنكحة والصدقة والولاء والنسب والحيازة اهـ. فانظر ذلك فإن كثيراً من المتأخرين ممن وقفنا عليه يسرد هذه الأمور من غير بيان لكيفية تصورها.

تنبيه: ظاهر النظم أنه لا يحتاج في الوثيقة إلى بيان قدر الطول، وإنما يعتمد الشاهد عليه فقط قال في المتيطية: ولا يجب في الشهادة بيان مدة السماع وبه جرى العمل عند غير واحد من الموثقين. وقال ابن المكودي وغيره من الأندلسيين: لا بد من ذكر المدة للاختلاف في قدر المدة التي تجوز فيها شهادة السماع اهـ بلفظ الاختصار. قلت: وما لابن المكودي هو الواجب فيما إذا كان الشاهد من غير أهل العلم، وعليه فإن سقط ذكر المدة من الوثيقة فيسئل عنها كما مرّ عند قوله: وغالب الظن الخ. وكما قالوا في الحيازة القاطعة لحجة القائم من أن العمل على أنه لا بد من التصريح في وثيقتها بعشر سنين لاختلاف الناس في قدر مدتها كما يأتي إن شاء الله.

وينبغي أن يكون محل الخلاف المذكور إنما هو إذا قال الشاهد: كنت أسمع أو سمعت سماعاً فاشياً الخ. أما إذا قال [لم] أزل أسمع فقال أبو الحسن في كتاب اللقطة: يقوم منها أي من المدونة أن الشاهد إذا قال: لم أزل أسمع أن هذا الموضع حبس في وجه كذا أن الشهادة عاملة ويحمل على أنه من يوم عقل وفهم، وإذا قال كنت أسمع أو سمعت فإنه يلزمه تحديد المدة

تشهد بالشراء من نحو أب لقائم إثبات ملكه اطلب

قال في المدونة: ومن أقامت بيده دار خمسين سنة أو ستين ثم قدم رجل كان غائباً فادعاها وثبت الأصل له وأقام بينة أنها لأبيه أو جده، وثبتت المواريث حتى صارت له فقال الذي بيده الدار: اشتريتها من قوم قد انقرضوا وانقرضت البينة وأتى ببينة يشهدون على السماع فالذي ينفعه من ذلك أن يشهد قوم أنهم سمعوا أن الذي في يده الدار أو واحد من آبائه ابتاعها من القائم أو من أحد آبائه، ثم قال: ولو شهدوا أنه ابتاعها ممن ذكرنا منذ خمسين سنة لم ينفعه ذلك.

قال ابن ناجي: لا عمل على المفهومين لتعارضهما يعني مفهوم خمسين سنة ومفهوم خمس سنين، ثم نقل ما ذكرناه عن ابن رشد وغيره ولم يحرر في المسألة أيضاً في المختصر، إذ لم يذكر طول المدة وشرط التصرف وجعل مسألة المدونة مستثناة من موضوع المسألة ولا يصح شيء من ذلك والله أعلم.

واستمرارها إلى حين التاريخ لأن قوله: سمعت إنما يحمل على مدة واحدة وكأن تقتضي التكرار ولا تقتضي استغراق الماضي وإن كان فيها خلاف بين الأصوليين اهـ ونحوه للفشتالي في وثيقة السماع بالحبس.

١٨١ـ وحَبْسِ مَنْ جازَ مِنَ السِّنِينَا عَلَيْهِ ما يُناهِزُ العِشْرِينَا

(و) أعملت أيضاً في (حبس من) نعته (جاز من السنينا عليه ما يناهز) أي يقارب (العشرينا) سنة فما فاعل جاز ويناهز صلتها وعليه يتعلق بجاز ومن السنين بيان لما. وكيفية وثيقته أن يقولوا لم يزالوا يسمعون سماعاً فاشياً من أهل العدل وغيرهم أن الدار الفلانية مثلاً محبسة على مسجد كذا أو على بني فلان وعقبهم ويعرفونها تحاز بما تحاز به الأحباس وتحترم بحرمتها واتصل ذلك في علمهم إلى الآن ويحوزونها بالوقوف إليها والتعيين لها متى دعوا إلى ذلك الخ. فإن سقط من الوثيقة أنها تحاز، أو المعرفة بأنها تحاز فالشهادة غير عاملة. وفي المدونة ما ظاهره أنها تامة إذا سقطت المعرفة فقط ففيها والشهادة على السماع في الأحباس جائزة لطول زمانها يشهدون أنا لم نزل نسمع أن هذه الدار حبس تحاز بما تحاز به الأحباس الخ، لكن حملها ابن ناجي على خلاف ظاهرها فقال: قصد بقوله تحاز القطع بذلك فيقولون نعلم أنها تحاز بحوز الأحباس على القطع لا أنه داخل تحت السماع وعلى ذلك حمله ابن رشد ونقله ابن فتوح وغيره على المذهب، وبه العمل. وقيل: لا يشترط ذلك بل إدخاله تحت السماع كاف قاله ابن سهل اهـ. فعلم من هذه الوثيقة أنهم إذا قالوا لم نزل نسمع أنها حبس ولم نسمع تحبيس من هي فالشهادة تامة وهو كذلك قاله في المتيطية وهو ظاهر ابن سهل وغيره خلافاً لما في التبصرة من أنه لا بد أن يضمن في الوثيقة أن الدار كانت ملكاً للمحبس لأن معرفة المحبس وإثبات ملكه إنما يحتاج إلى التنصيص عليهما في الشهادة على أصل التحبيس بتاً لا سماعاً كما لابن عبد السلام، وفي وصايا المعيار أثناء جواب ما نصه: شاهدت عند أبي بكر القاضي شورى في عقد حبس كتبه أبو عمر الشاطبي وفيه: يعرفون المواضع التي بموضع كذا حبساً من حبس فلان وأنها تحترم بحرمة الأحباس فقال ابن عتاب لابن ذكوان: لا يجوز بهذا الرسم حكم إلا بعد ثبوت ملك المحبس وموته وعدة ورثته والإعذار في ذلك، وكان الشاطبي المذكور بالحضرة فقال لابن عتاب: كيف لا يحكم بالرسم وقد نص فيه على أنها تحترم بحرمة الأحباس؟ فقال له ابن عتاب: اسكت إنما عليك أن تسمع ولا تعترض اهـ. ولابن رشد في أجوبته: لا يجب القضاء بالحبس إلا بعد أن يثبت التحبيس وملك المحبس لما حبس يوم التحبيس وتعيين الأملاك المحبسة بالحيازة فإذا ثبت ذلك وأعذر فيه للمقوم عليه فالقضاء بالحبس واجب اهـ. وهو موافق لما مرّ عن ابن عتاب، وذكر هذا ابن فتوح في الوثائق المجموعة في عدة عقود لما ذكر في بعضها أنه إن عرف الشهود الملك كان أتم، وذكر في بعضها أن الشهود إذا لم يعرفوا الملك أسقط من الوثيقة فمقتضاه عدم اشتراط ثبوت الملك في الشهادة ببت الحبس إلا أنه إن ذكر فهو أتم، ونحوه للمتيطي

(و) أعملت أيضاً في (حبس من جاز من السنين عليه ما يناهز) أي يقارب (العشرين) سنة.

وقيل: لا بد من الأربعين وبالأول العمل، والمراد الأحباس القديمة. قال في التوضيح: ولا بد في هذه من القطع بأن الشيء يحترم بحرمة الأحباس.

وبكلامهما اعترض ابن عرفة على ابن عبد السلام قال بعض الفضلاء: وفيه نظر، فإن مقتضى ما لابن عتاب وابن رشد وغيرهما أن اشتراط ذلك هو المذهب، وما في المتيطي وابن فتوح لا نسلم أنه يقتضي عدم الاشتراط لاحتمال أن يكون معناه إن لم يعرف الشهود ذلك أسقطوه ثم لا يتم الحكم بالحبس إلا به بأن يشهد بالملك من يعرفه من غيرها، وقد صرح المتيطي بذلك في موضع آخر فتأمله وهذا كله في شهادة البت، وأما شهادة السماع فلا يشترط فيها تسمية المحبس ولا إثبات ملكه اهـ. المراد من كلام هذا الفاضل وما ذكره في البت من اشتراط ثبوت الملك نحوه في (ح) وضيح مقتصرين عليه، وصرح ابن رحال برجحانيته، وفي الفشتالية فإن ذكر في الوثيقة أي وثيقة السماع اسم المحبس فلا بد من إثبات الملك وموته وعدة ورثته. قال صاحب الوثائق المجموعة، وقيل إن بعد عهد موت المحبس وتعذر إثبات ورثته فإن ذلك ساقط ولا يلزم إثبات ذلك اهـ. فأنت ترى كيف ضعفه بقيل، وما ذكره عن ابن عرفة من الاعتراض تبعه عليه البرزلي في نوازله وسلمه، وعلى القول باشتراط ثبوت الملك فمعناه أن الحبس لا يكون حجة للقائم به بحيث يقابل التحبيس الملك الذي أثبته الغير فإن لم يقم فيه أحد فيثبت الحبس وإن لم يثبت ملكه وبالوجه الذي يرد للورثة يكون حبساً قاله ابن رحال.

تنبيه: إنما يعمل السماع بالحبس فيما بيد المشهود له أو لا بد لأحد عليه إذ السماع لا ينزع به من يد حائزه كما مرّ، وظاهر ابن عرفة وغيره أنه ينزع به انظر (ز) وحش وإنما يعمل به أيضاً في الحبس إذا نصوا على التعصيب، والمرجع فإن سقط التنصيص عليه فالشهادة ناقصة لا تعمل شيئاً قاله في الفشتالية والمتيطية وغيرهما. قال أبو عبد الله المجاصي في جواب له: والمراد بالسقوط عند الأداء لا في الوثيقة، وإنما يضر الإجمال في العقب والمرجع إذا ذكرا معاً أو أحدهما أما مع عدم التعرض لهما ولا لأحدهما في الشهادة فيثبت الحبس ويكون القول لمدعي التعقيب إذ هو غالب أحباس زماننا لا كما يفهمه حكام البوادي فإن العرف محكم. ذكر هذا القاضي أبو مهدي سيدي عيسى السجستاني اهـ.

١٨٢ـ وعَـزْلِ حَـاكِـمٍ وفـي تَـقْـدِيـمِـهِ وضَـرَرِ الـزَّوْجَـيْـنِ مِـنْ تَـتْـمِـيـمِـهِ

(و) أعملت في **(عزل حاكم)** أيضاً كقولهم لم نزل نسمع من أهل العدل وغيرهم أنه عزل في تاريخ كذا فلا يمضي ما صدر منه من الأحكام بعد ذلك (و) أعملت **(في تقديمه)** أي الحاكم أي توليته فتمضي أحكامه التي حكمها بعد تاريخها (و) في **(ضرر الزوجين)** كقولهم: سمعنا من أهل العدل وغيرهم أن فلاناً يضر بزوجته من غير ذنب يوجب ذلك أو أنها تسيء عشرتها له، فيثبت لها الخيار في طلاق نفسها في الأول، ويرد الزوج المال إن ثبتت الشهادة بعد الخلع (خ) ورد المال بشهادة سماع على الضرر الخ، ويأتمنه الحاكم عليها في الثاني أو يخالعها له بالنظر كما يأتي في فصل إثبات الضرر إن شاء الله. **(من تتميمه)** حال أي حال كون ضرر الزوجين متمماً لما

(وعزل حاكم) فلا يمضي حكمه **(وفي تقديمه)** فيمضي **(وضرر الزوجين)** فيثبت لها الخيار في تطليق نفسها حال كونه **(من تتميمه)** أي متمماً لما تجوز فيه شهادة السماع فيما عند الناظم وحضره الآن، وجملة ما ذكره تسعة عشر وعدها ابن العربي إحدى وعشرين فقال:

يجوز فيه السماع، وهذا فيما حضر للناظم الآن، وجملة ما ذكره تسعة عشر، وزاد ابن العربي السبتي وولده: الصدقة، والهبة والقسمة والبيع والوصية والخلع والحرابة والإباق، لكن الخمس الأول داخلة في قول الناظم: وفي تملك الملك بيد الخ. كما مرّ لما علمت أن السماع لا ينزع به من يد حائز، وحينئذ فلا بد أن يكون الموهوب ونحوه تحت الحائز ولا يمكن تصور ذلك فيما إذا كانت بيد الواهب ونحوه فتأمل ذلك، وزاد بعضهم الحوالة وهي بيع في الحقيقة والحيازة والوكالة والعتق والأسر والعدم وتنفيذ الوصايا ودخول الاهتداء والرفع على خط العدول وتقية الظالم ودفع نقد المهر والموت ويشترط في جوازها فيه طول الزمان أو تنائي البلدان، ويمكن دخوله في قول المصنف: والميراث. قال الجزيري: لا بد في شهادة السماع بالموت أن يقولوا سمعنا فلاناً الذي نعرفه بعينه واسمه ونسبه مات يوم كذا في وقت كذا، ولا يستغنى عن التاريخ الذي مات فيه من جهة من يوارثه ليعلم به من مات قبله أو بعده اهـ.

وفي الفشتالية: ولا تغفل أن تقول في السماع بالموت ويعرفون أن أهل الإحاطة بإرثه فلان لأنك إذا عطفت حصر الورثة على السماع دخل في ذلك ما دخل السماع بالحبس والنسب. قال ابن الهندي: مثل أن يشهدوا بالسماع الفاشي من أهل العدل وغيرهم أن فلان بن فلان قرشي من فخذ كذا يعرفونه وآباءه من قبله قد حازوا هذا النسب، ولا يعلمون أحداً يطعن عليهم فيه إلى الآن فمن نفاه عن هذا النسب بعد حد له اهـ. فيستفاد منه أنه يعمل به في الشرف أيضاً، وزيد أيضاً اللوث كأن يقولوا سمعنا سماعاً فاشياً أن فلاناً قتل فلاناً عمداً أو خطأ، وقد نقل ابن عرضون في عقود الطلاق منظومة في ذلك أنهى فيها مسائلها إلى خمسين فانظرها إن شئت.

أيا سائلي عما ينفذ حكمه ... ويثبت سمعاً دون علم بأصله
ففي العزل والتجريح والكفر بعده ... وفي سفه أو ضد ذلك كله
وفي البيع والأحباس والصدقات ... والرضاع وخلع والنكاح وحله
وفي قسمة أو نسبة أو ولاية ... وموت وحمل والمقر بأهله

وزاد ولده ستة فقال:

ومنها الهبات والوصية فاعلمن ... وملك قديم قد يظن بمثله
ومنها ولادة ومنها حرابة ... ومنها الإباق فليضم لشكله
فدونكها عشرين من بعد سبعة ... تدل على حفظ الفقيه ونبله
أبي نظم العشرين من بعد واحد ... فأتبعها ستاً تماماً لفعله

وزاد ابن عبد السلام خمسة ونظمها بعضهم فقال:

قد زيد فيها الفقر والأسر والملا ... ولوث وعتق فاظفرن بنقله
فصارت لدي عد ثلاثين اتبعت ... بثنتين فاطلب نصها في محله

ونظمها أيضاً العبدوسي وذيله ابن غازي بما زاده عليه إلى أن قال في آخره:

ولولا التداخل ووهي الزائد ... لبلغت خمسين دون واحد

وأما شروطها فذكرها المصنف بقوله:

ولما تكلم على ما حضره من الأفراد التي تجوز فيها تكلم على شروطها العامة في كل فرد منها فقال:

١٨٣ـ وشَرْطُها اسْتِفَاضَةٌ بَحَيْثُ لا يُحْصَرُ مَنْ عَنْهُ السَّماعُ نُقِلا

(وشرطها) مبتدأ خبره **(استفاضة بحيث)** يتعلق بمحذوف صفة **(لا يحصر)** بالبناء للمفعول: **(من)** نائب **(عنه)** يتعلق بنقلا **(السماع)** مبتدأ **(نقلا)** بالبناء للمفعول خبر والجملة صلة من والجملة من قوله لا يحصر الخ في محل جر بإضافة حيث، ويجوز أن يكون بحيث عطف بيان على استفاضة وتفسير له، فالاستفاضة هي أن يكون المنقول عنه غير معين ولا محصور، وهذا الشرط لا بد من التصريح به في الوثيقة أو عند الأداء، وهو الذي يعبرون عنه بكيفية شهادة السماع وصفتها أي: هذه الكيفية والصفة شرط فيها فيقولون سمعنا أو لم نزل نسمع سماعاً فاشياً من أهل العدل وغيرهم ولا يسمون المسموع منه فإن سموه خرجت إلى شهادة النقل فتعتبر حينئذ شروطه المشار لها بقول (خ) كأشهد على شهادتي إن غاب الأصل أو مات أو مرض ولم يطرأ فسق أو عداوة الخ. أما اشتراط الفشو فمتفق عليه كما هو ظاهر النظم إذ هو مراده بالاستفاضة، وأما كونه عن العدول وغيرهم ففيه خلاف فالذي للمتيطي وابن فتوح وهو ظاهر قول ابن القاسم في الموازية؛ أنه لا بد من الجمع بين الكلمتين العدول وغيرهم في الوثيقة أو عند الأداء وإلا سقطت الشهادة قالوا: وبه العمل وهذا ظاهر قول النظم بحيث لا يحصر الخ. أي: بحيث لا يحصر من نقل عنه السماع في العدول أو في غيرهم وظاهر المدونة أن السماع من أحدهما كاف وهو ما شهره في ضيح وابن عرفة في باب الخلع والمتيطي في ضرر الزوجين فقالوا: إن المشهور المعمول به صحة الشهادة بالسماع في الضرر، وإن لم يكن من عدول بل من لفيف النساء والجيران فقط، وجعلوا القول باشتراط كونه من العدول وغيرهم مقابلاً، والظاهر من حكايتهم الأقوال المقابلة أنه لا خصوصية للضرر بذلك لأن تلك الأقوال جارية في جميع الأفراد، وعلى هذا عول العبدوسي في قصيدته حيث قال على ما أصلحه به ابن غازي:

وليس سمعها من العدول شرطاً بل اللفيف في المنقول

وكذا ابن عرضون في آخر قصيدته الآتية ورجحه (ح) في الشهادات فتبين أن كلاً من القولين عمل به، وزاد الأخير على الأول بكونه مشهوراً ظاهر المدونة بخلاف الأول، فإنما هو ظاهر الموازية كما صرح به المتيطي في نهايته في ضرر الزوجين وما تقدم عنه من أنه لا بد من الجمع بين الكلمتين. ذكره في باب الحبس ولم يصرح أحد بتشهيره فيما علمت. فإن قيل: التشهير المذكور خاص بالضرر. قلنا: هو خلاف ظاهر كلامهم، ويلزم عليه أن العمل المذكور خاص بالحبس لأنهم فيه ذكروه، وأيضاً **(فإن العلة)** التي علل بها عدم الاشتراط كما لابن عبد السلام وغيره، وهي أن المقصود حصول العلم أو الظن للشاهد، وذلك يحصل من خبر غير

(وشرطها استفاضة) والمراد هنا ما فسره بقوله: **(بحيث لا يحصر من عنه السماع نقلا)** لا الاستفاضة بالمعنى السابق واحترز به مما إذا قالوا سمعنا من فلان فإنها تصير شهادة نقل وتعتبر حينئذ شروط النقل، فإن صحت وإلا ألغيت الشهادة، قال الباجي: شرط شهادة السماع أن يقولوا

العدل كما يحصل من العدل جارية في الجميع، وأيضاً إذا كان لا يشترط ذلك في الضرر المؤدي للفراق فأحرى غيره، وبهذا تعلم ما في رد طفي لكلام (ح) في الشهادات وظاهر القول بالاشتراط أن الشهادة تسقط، ولو كان الشهود من أهل العلم، وينبغي أن يقيد بما إذا لم يكونوا من أهل العلم كما نص عليه (م) في شرح اللامية عند قولها شهادة إعتاق.

١٨٤ـ مَعَ السَّلامَةِ مِنِ ارْتِيَابِ يُفْضِي إلى تَغْلِيظٍ وإكْذَابِ

(**مع السلامة**) في محل الحال من استفاضة لأنها قد خصصت بالوصف (**من ارتياب**) يتعلق بالسلامة (**يفضي**) بضم أوله أي يؤدي (**إلى تغليط**) وهو الكذب لا عن عمد (**أو إكذاب**) وهو الكذب عن عمد، والجملة صفة لارتياب، ومفهومه أنه إذا لم تسلم الشهادة بالاستفاضة من الارتياب كأن يشهد اثنان بها. وفي القبيل أي البلد مائة من أسنانهما لا يعرفون شيئاً منها لم تقبل إلا أن يكونا شيخين كبيرين قد باد جيلهما فتقبل حينئذ لانتفاء الريبة. وحاصل شروطها خمسة أربعة في النظم طول الزمان لأن قصر الزمان مظنة لوجود شهادة القطع كما نبه عليه بقوله: يقام فيه بعد طول المدد الخ. والاستفاضة وانتفاء الريبة وعدم تسمية المسموع منه كما نبه عليه بقوله: بحيث لا يحصر الخ. لأن عدم الحصر يستدعي عدم التسمية ولم يبق عليه إلا تحليف المشهود له لأن السماع ضعيف، فلا بد معه من اليمين. انظر الشارح في البيت بعده، وزيد سادس وهو كون المشهود به تحت يد المشهود له يدعيه لنفسه ولم تقم بينة قاطعة بأنه لغيره. قال ابن عرضون في آخر المنظومة المشار إليها آنفاً:

فمن شرطها طول الزمان لديهم	وتحليف من قد قام بالسمع واعتلا
وأن تنتفي عنها قبائح ريبة	وأن لا يسمى من فشا عنه أولا
ولا تنتزع بالسمع ما تحت حائز	على مذهب الجمهور والصفوة الملا
ولا تشترط في السمع وصف عدالة	خصوصاً ولكن باللفيف تسربلا اهـ.

وأما اشتراط الاشتهار، وهو أن لا يكون المشهود فيه من شأنه الاشتهار، وأن لا يختص بمعرفته بعض الناس كالأحباس العامة والأنساب دون الحبس الخاص بمعين، فإنه قد لا يشتهر كما في الشارح فهو راجع لانتفاء الريب. واعلم أن الموت لا يخلو إما أن يكون في البلد أو في غيره فالأول يثبت بالسماع عند من قال به كابن هارون وابن رحال في حاشيته إلا بشرط الطول الذي تنقرض فيه البينات وينقطع فيه أهل العلم، وهو ظاهر كلام المجموعة المتقدم لأن ظاهرها كانت الشهادة في الموت أو في غيره، وهو معنى قول ابن هارون المشترط في الموت أما طول الزمن أو تنائي البلدان يريد طول الزمان في البلد أو تنائي البلدان في غيره، ومنهم من قال: لا تقبل في البلد إلا على القطع لأنه في البلد مظنة تواتر الخبر فيحصل العلم وهو ظاهر قول

سمعنا سماعاً فاشياً من أهل العدل وغيرهم وإلاَّ لم تصح (**مع السلامة من ارتياب يفضي**) أي يؤدي (**إلى تغليط أو إكذاب**) والغلط نوع من الكذب وهو ما كان لا عن عمد. قال في المجموعة: إذا شهد اثنان على السماع وفي القبيل مائة من أسنانهما لا يعرفون شيئاً من ذلك لم تقبل شهادتهم إلا أن يكونا شيخين كبيرين قد باد جيلهما فتجوز شهادتهما لانتفاء الريبة حينئذ.

(خ) وموت ببعد وقال في الشامل: وعمل بالسماع على الموت فيما بعد عن بلد الموت لا فيما قرب أما في بلده فإنما هي شهادة (بت) ولو كان أصلها السماع اهـ.

١٨٥ـ وَيُكْتَفَى فِيهَا بِعَدْلَيْنِ عَلَى   مَا تَابَعَ النَّاسُ عَلَيْهِ الْعَمَلا

(**ويكتفى**) مبني للمفعول (**فيها**) يتعلق به (**بعدلين**) نائب (**على ما**) أي القول الذي (**تابع الناس عليه العملا**) والمجرور بعلى الأولى يتعلق بيكتفى وبالثانية يتعلق بالمصدر وما ذكره من الاكتفاء بالعدلين هو المشهور المعمول به كما في المتيطية قال في المفيد: وهو قول ابن القاسم وبه الحكم. وقال ابن الماجشون: أقل ما يجوز في ذلك أربعة شهداء لأنها شبيهة بالشهادة على الشهادة، ومفهوم عدلين أن الواحد لا يكفي وهو كذلك، فإن شهد أحدهما بالحبس مثلاً وحيازته على القطع وشهد آخر به على السماع لم يحكم بها حتى يشهدوا على السماع أو القطع قاله في المتيطية.

(**ويكتفي فيها**) أي في شهادة السماع حيث أجيزت (**بعدلين على ما تابع الناس عليه العملا**) وهو المشهور خلافاً لمن اشترط أربعة. وحاصل ما ذكره الناظم شرطان. وزاد الشارح ثالثاً وهو أن تكون فيما تقادم عهده وطال زمانه لأن قصر الزمان مظنة لوجود الشهادة بالقطع، إلا فيما لا يمكن كضرر الزوجين، وقد ذكر المصنف هذا الشرط في الحبس. وعند ابن عرفة: أنه خاص بالأحباس والأشربة هكذا نسب له ابن عاشر وتبعه (م). وقد ذكر ابن عرفة عن مالك وغيره اشتراط الطول في غير الأحباس والأشربة ثم قال آخراً ما نصه، قال ابن الحاجب: تجوز شهادة السماع الفاشي عن الثقات في الملك والوقف والموت للضرورة بشرط طول الزمان وانتفاء الريب، فحمله ابن عبد السلام على ظاهر إطلاقه. وقال ابن هارون: ليس هذا على إطلاقه إنما هو في الوقف والملك والصدقة والأشربة القديمة والنكاح والولاء والنسب والحيازة جميع ذلك يشترط فيه طول الزمان، وأما في الموت فيشترط فيه تنائي البلدان وتقادم الزمان اهـ. فحصر الشرط المذكور تبعاً لابن هارون في ثمانية أمور. وعلى ذلك عول ابن غازي في حاشيته والشيخ مصطفى في أجوبته.

والحاصل أنه لا يصح اشتراط الطول على الإطلاق وأما اشتراط كثرة الشهود فقول ابن الماجشون وهو خلاف المشهور والمعمول به الذي نص عليه الناظم، وأما العدالة فمشترطة في كل شاهد، وأما شرطه الاشتهار ففيه نظر. وكيف يصح في الحيض وتبعه على ذلك (م) وزاد شروطاً أخر وأنهاها إلى عشرة وذكرها نثراً ونظماً. وفي كلها نظر لأنها إما مستغنى عنها كالعدالة وإلا يسموا المسموع منهم، وإما على خلاف المشهور إلا قوله: وتاسعاً وهو أن يحلف المشهود له. قال ابن محرز: لا يقضي لأحد بشهادة السماع إلا بعد يمينه اهـ. وذلك لضعفها وأما قولهم لاحتمال أن يكون أصل السماع عن واحد فغير ظاهر وإن قاله غير واحد إذ لو روعي هذا لم يصح فيه تعديل ولا تجريح ولا غيرهما مما لا يثبت إلا بعدلين والله أعلم.

فصـــل

في مسائل من الشهادات كنقصانها والقيام بها بعد الإنكار وتعارضها.

١٨٦ـ وَمَـنْ لِطَـالِـبٍ بِـحَـقٍّ شَـهِـدَا ولَـم يُـحَـقِّـقْ عِـنْـدَ ذَاكَ الـعَـدَدَا

(**ومن**) موصولة واقعة على العدل أو شرطية (**لطالب بحق**) يتعلقان بـ (**شهدا ولم يحقق عند ذاك**) أي عند أداء الشهادة يتعلق بيحقق (**العددا**) مفعوله الجملة المقرونة بالواو حالية كشهادتهم أنه أسلفه دراهم بمحضرهم لا يدرونها ثلاثة أو أقل أو أكثر أو أن له حقاً في هذه الدار أو الأرض لا يدرون قدره أو لا يحوزونها أو أن له عليه حقاً أو أسلفه بمحضرهم مائة لا يدرون جنسها أو غصبه بمحضرهم أرضاً لا يدرون حدودها أو أنه قضاه بمحضرهم من دينه شيئاً لا يدرون قدره ونحو ذلك والمتبادر من قوله: ولم يحقق الخ. أنهم علموا ذلك ونسوه، فهذه الأمور كلها يجري فيها قوله:

١٨٧ـ فَـمَـالِـكٌ عَـنْـهُ بِـهِ قَـوْلانِ لِـلْـحُـكْـمِ فـي ذَاكَ مُـبَـيِّـنَـانِ

(**فمالك**) مبتدأ (**عنه به**) يتعلقان بالاستقرار الذي هو خبر عن المبتدأ الثاني وهو (**قولان**) والضمير في عنه يرجع لمالك والباء في به للظرفية وضميره يرجع لمن أو للفرع المذكور (**للحكم في ذاك مبينان**) بفتح الباء وكسرها صفة لقولان وللحكم يتعلق به وفي ذاك يتعلق بالحكم، والتقدير فمالك قولان كائنان عنه في الفرع المذكور مبينان للحكم في ذلك، واحترزت بقولي بمحضرهم عما لو شهدوا أعلى إقراره بأن في ذمته له دراهم أو مائة فإنه يلزمه التفسير كما لو أقر بشيء كما يأتي.

١٨٨ـ إلْـغَـاؤهـا كـأنَّـهـا لَـمْ تُـذْكَـرْ وتَـرْفَـعُ الـدَّعْـوىٰ يـمِـيـنَ الـمُـنْـكِـرْ

(**إلغاؤها**) بدل من قولان أي أحدهما إلغاؤها حتى (**كأنها لم تذكر**) بضم التاء مبنياً للمفعول ونائبه يعود على الشهادة والحكم فيها إذا لم تذكر أن يحلف المطلوب لإنكاره كما قال: (**وترفع**) بفتح أوله مبنياً للفاعل (**الدعوى**) مفعوله (**يمين المنكر**) فاعله، وأشار للقول الثاني بقوله:

١٨٩ـ أو يُـلْـزَمُ الـمـطـلُـوبُ أن يُـقِـرَّا ثُـــم يُـــؤَدِّي مَـــا بِـــهِ أَقَـــرَّا

(**أو يلزم**) بضم أوله ونصب آخره مبنياً للمفعول معطوفاً على قوله إلغاؤها من باب قوله:

فصـــل في مسائل من الشهادة

كنقصانها والقيام بها بعد الإنكار وتعارضها. (**ومن**) شرطية أو موصولة (**لطالب بحق**) يتعلقان بـ(**شهدا ولم يحقق عند ذاك**) أي عند أداء شهادته (**العددا**) الذي شهد به كقوله: نشهد أنه أسلفه دراهم ولا نعلم عددها.

(**فمالك عنه به**) الباء ظرفية والضمير لمن وهو على حذف مضاف أي عن مالك في شهادته (**قولان للحكم في ذاك**) الذي شهد على الوجه المذكور (**مبينان**) صفة لقولان وللحكم متعلق به (**إلغاؤها**) بدل من قولان أي أحد القولين إلغاء تلك الشهادة حتى (**كأنها لم تذكر**) ولم تكن والحكم فيما إذا لم تكن أنه يحلف المطلوب لإنكاره (**وترفع الدعوى يمين المنكر أو يلزم**) بالنصب عطف على المصدر من قوله إلغاؤها أي والقول الثاني أن يلزم (**المطلوب أن يقرا**) به من قليل أو كثير ويجبر على

وإن على اسم خالص فعل عطف. الخ (**المطلوب**) نائب (**أن يقرا**) في محل نصب مفعول ثان أي أو لا تلغي الشهادة بل يلزم المطلوب الإقرار بذلك ويجبر عليه بالسجن (**ثم**) إذا أقر بشيء (**يؤدي ما به أقرا**) من قليل أو كثير ويبرأ.

١٩٠ـ بَعْدَ يمينهِ وإنْ تَجَنَّبا تَعْيِيناً أو عُيِّنَ والحَلْفَ أبى

(**بعد يمينه**) أنه ليس في ذمته سواه حيث نازعه الطالب وادعى أكثر مما أقرّ به وإلاّ فلا يمين فيؤدي معطوف على يقر ورفعه ضرورة وما مفعوله والظرف يتعلق بمحذوف كما قررنا. (**وإن تجنبا**) المطلوب (**تعييناً**) لقدر المشهود به ولجنسه بأن جزم بأنه لا شيء عليه، أو قال إنه لا يعرف حقيقة ما يدعيه ولا ما شهدوا به وحلف على ذلك، (**أو**) أقر بقدره و(**عين**) جنسه في مجهول الجنس، ولكن ادعى الطالب أكثر مما عين (**والحلف أبى**) أي امتنع منه المطلوب في الثانية فالحلف بفتح الحاء وسكون اللام مفعول بأبى وهو مصدر حلف كضرب ولمصدره ثلاثة أوزان: حلفاً بسكون اللام وحلفاً بكسرها ومحلوفاً، وهو أحد المصادر التي جاءت على مفعول كمجلود يقال: حلف محلوفاً وجلدته مجلوداً أي حلفاً وجلداً بسكون اللام فيهما، والحلف بكسر الحاء العهد يكون بين القوم يقال: حالفه أي عاهده وتحالفوا تعاهدوا، وأما عكسه وهو إتيان المصدر بمعنى المفعول أو الفاعل فكثير من ذلك قوله تعالى: ﴿طريقاً في البحر يبساً﴾ [طه: ٧٧] أي يابساً على أن يبساً مصدر، وقولهم الحكم خطاب الله أي كلامه المخاطب به بكسر الطاء عباده.

١٩١ـ كُلِّفَ مَنْ يَطْلُبُهُ التَّعْيِينا وهو لَهُ إن أعْمَلَ اليَمِينا

(**كلف**) بالبناء للمفعول جواب الشرط (**من**) أي المدعي الذي (**يطلبه**) أي المطلوب ففاعله المستتر يعود على من هو الرابط بين الموصول وصلته وضميره البارز يعود على المطلوب كما ترى (**التعيينا**) للقدر والجنس مفعول ثان يكلف والمفعول الأول الموصول النائب، فإن عينه وحلف أخذه كما قال (**وهو له**) مبتدأ وخبر (**إن أعمل اليمينا**) وأتى بما يشبه فهو شرط حذف جوابه لدلالة ما قبله عليه كقولك: أنت ظالم إن فعلت.

١٩٢ـ وإن أبى أو قال لَسْتُ أعْرِفُ بَطَلَ حَقُّهُ وذاكَ الأعْرَفُ

(**وإن أبى**) الطالب أن يحلف بعد أن عين القدر ونحوه (**أو قال لست أعرف**) قدر حقي أو جنسه (**بطل حقه**) جواب الشرط أي بطل حق المدعي في الزائد على ما أقر به المطلوب في الثانية

الإقرار بالسجن حتى يقر (**ثم يؤدي ما به أقرا بعد يمينه**) أنه ليس في ذمته سواه حيث نازعه الطالب فيما بينه ولم يرضه وإلاّ فلا يمين (**وإن تجنبا**) المطلوب (**تعييناً**) أي أباه (**أو عين والحلف**) بفتح فسكون مصدر حلف كضرب حلفاً وحلفاً ومحلوفاً بمعنى أقسم (**أبى كلف من يطلبه**) أي من يطلب المطلوب وهو المدعي (**التعيينا**) للقدر المشهور به فإن عينه وحلف أخذه، وهو قوله: (**وهو له أن أعمل اليمينا**) وأتى بما يشبه كما في المتيطي (**وإن أبى**) أن يحلف (**أو قال لست أعرف**) قدر حقي وضاعت كتب محاسبتي (**بطل حقه**) وهذا خلاف ما نقله ابن يونس عن ابن حبيب عن مالك؛ أنه إذا جحد المطلوب قيل للطالب: إن عرفته فاحلف عليه وخذه فإن قال: لا أعرفه وضاعت كتب

لأن النكول بالنكول تصديق للأول وفي الجميع في الأولى سواء جزم بالإنكار أو قال: لا يعرف حقيقة ما يدعيه لما مرّ إن الدعوى بالمجهول لا تسمع فضلاً عن توجه اليمين بسببها وهو إذا قال: لا أعرف فقد ادعى به، ولما مرّ أيضاً عند قوله: ومن أبى إقراراً أو إنكاراً. الخ. من أن المطلوب إذا قال: لاأعرف حقيقة ما يدعيه وحلف أن الطالب إما أن يثبت دعواه أو يبطل حقه. هذا ظاهر النظم والقواعد توافقه كما علمت، والفرق بين القول الأول والثاني ظاهر وهو أن الشهادة في الأول كالعدم والمطلوب يمكن من اليمين بمجرد إنكاره بخلافه على الثاني، فإن للشهادة أثراً في أن المطلوب لا يمكن منها بمجرد الإنكار بل حتى يعرف ما عند الطالب، وكان الناظم اعتمد في هذا قول مطرف المنقول في الباب الثالث والأربعين من التبصرة: لو أقر المطلوب بالحق كله وادعى أنه قد قضاه منه شيئاً وأتى بشاهدين شهدا أنه أشهدنا أنه اقتضى منه شيئاً لم يسمه فشهادتهم جائزة، وقيل للمشهود عليه سم هذا الذي ثبت عليك أنك تقاضيته فما سمي من ذلك حلف عليه، وكان القول له وإن أبى أن يقر بشيء قيل للمشهود له: أتعرف هذا الذي شهد لك به فإن عرفه وسماه حلف عليه وبريء منه وإن تجاهل به أو نكل عن اليمين لزمه غرم الجميع لأنه قد مكنه من حقه بجهله أو نكوله، ورأى أصبغ وابن الماجشون أن الشهادة ساقطة. قال ابن حبيب، وقول مطرف: أحب إلي، وبه أقول اهـ. وقوله: وإن أبى أن يقرّ بشيء يريد أو أقر، ولم يحلف بدليل السوابق واللواحق، وقال في التبصرة أيضاً قبل هذا ما نصه: وإذا ادعى رجل على آخر أنه أودعه ثياباً فأنكره فقامت عليه بينة أنه أودعه أعكاماً لا يدرون ما فيها.ويظنون ثياباً فيجب أن يسجن المدعى عليه ويهدد، فإن أقر بذلك حلف عليه وكان القول قوله، وإن تمادى على إنكاره حلف صاحب الوديعة على ما يشبه أنه يملك مثله ويأخذه بذلك والظالم أحق أن يحمل عليه، وقد قيل إنه يحلف إذا لم تعين البينة شيئاً بعد أن يستبرأ أمره بالتضييق والتهديد إذا تمادى على إنكاره ولا شيء عليه وبالأول القضاء من الاستغناء اهـ. والغرض منه قوله: وبه القضاء. وقوله: حلف صاحب الوديعة الخ. إذ مفهومه أن صاحب الوديعة إذا لم يحلف بل قال: لا أعرف أو أعرف، وقال: لا أحلف لم يكن له شيء لأنه أناط الحكم بحلفه فيكون موافقاً لقول مطرف وكل ذلك شاهد للناظم إلا ما في هذا الأخير من زيادة التهديد والسجن عند التمادي على الإنكار فقوله: **(وذاك الأعرف)** إشارة إلى القول

محاسبتي أو أعرفه ولا أحلف فليسجن المطلوب حتى يقر بشيء ويحلف عليه، فإن أقرّ بشيء ولم يحلف أخذ منه وحبس حتى يحلف اهـ. فلم يبطل حق الطالب إذا قال: لا أحلف أو قال: لست أعرف. قال الشارح: فالله أعلم بمستنده في ذلك مع أنه ظاهر فيما إذا عرف وأبى من اليمين.

(وذاك) يعني القول الأول وهو إلغاء الشهادة وبطلانها هو القول **(الأعرف)** لاقتصار صاحب الاستغناء عليه، وعليه اقتصر ابن فرحون أيضاً فيما إذا شهدوا أن قبله حقاً لا يدرون كم هو اهـ. ناقلاً من الاستغناء، وفهم الشارح أن الإشارة بقوله: وذاك الأعرف إلى بطلان حق الطالب بما ذكر، واعترضه بقوله: الله أعلم بمستنده الخ. وهذا غير لازم ولو أراده الناظم لقال: وهذا لا وذاك.

والحاصل أن الشارح اعترض كلام أبيه من وجهين. حكاية القول ببطلان حق الطالب إذا قال: لست أعرف وكون هذا القول هو الأعرف وهذا الثاني غير متجه.

الثاني إذ به القضاء كما ترى لكن يرد على قوله بطل حقه أنه ليس قولاً لمالك وهو قد قال قبل ذلك فعن مالك الخ فأما أن يقال فيه حذف الواو مع ما عطفت أي فعن مالك وبعض أصحابه، أو يقال لما كان أصحابه لا يقولون إلا ما كان جارياً على قواعده جازت نسبته له حينئذ، ولو على ضرب من المجاز.

فإن قلت: وما هو المنقول عن مالك في هذا الفرع؟ قلت: المنقول عنه روايتان. البطلان وهو رواية ابن نافع كما صدر به الناظم وعدمه، وهو رواية مطرف إلا أنه في هذه الرواية لا يقول يبطل حق المشهود له بنكوله أو بقوله: لست أعرف، بل إذا قال ذلك يسجن المطلوب حتى يقر ويحلف على ما أقر به كما في المتيطية والتبصرة وغيرهما، ولعل الناظم: إنما عدل عن سجن المطلوب المنقول في هذه الرواية إلى قول مطرف ببطلان الحق لعدم جريانها على القواعد من أن النكول بالنكول تصديق للأول، ومن أن الدعوى بالمجهول لا تسمع فهي وإن سمعت هنا لقوتها بالشهادة فلا توجب يميناً، ولذا قال ولد الناظم هذه الرواية لا تخلو من إشكال. فإن قلت: قول مطرف هذا إنما هو في الشهادة بالإقرار بشيء. قلت: وكذا روايته عن مالك المتقدمة لأن الشهود شهدوا فيها أنهما تحاسبا وبقي لأحدهما على الآخر حق لا يعرفون قدره، ومعلوم أن الباقي لا يعلمه الشهود إلا بالإقرار.

تنبيه: ليس المقصود من الرواية، وقول مطرف المتقدمين خصوص الإقرار، بل الشهادة بمجهول القدر ولذلك جعل غير واحد كالمتيطي وغيره موضوع الخلاف فيمن أقام بينة على رجل بحق لا يدرون كم هو أو لا يدرون عدده كما قررنا به موضوع النظم سواء كان الحق في الأصول أو غيرها كانت الشهادة بإقرار أو غيره لكن المفتى به في الإقرار صحة الشهادة ولزوم التفسير لكون إبهام المشهود به إنما هو من جهة المقرّ في الحقيقة لا من جهة الشهادة. نعم لو نسوه لكان الإبهام من جهة الشهادة حينئذ، ولذا قال (خ): ومال نصاب والأحسن تفسيره كشيء وكذا وسجن له الخ، فإن فسره بعد السجن أو قبله حلف إن ادعى المقر له أكثر فإن نكل حلف المقر له على طبق دعواه، وأخذ كأن حقق المقر له الدعوى وجهل المقر بأن قال له علي شيء أو حق لا أعرف قدره قاله في الشامل: فإن أقر بثوب أو عبد من غصب أو غيره ولم تعاينه البينة فذلك من الإبهام في القدر لأن القيمة تختلف باختلاف الصفة فلا تبطل الشهادة أيضاً لأن الإبهام إنما هو من المقر لا من الشهادة، وهل يقضي عليه بالوسط من ذلك أو بما يدعيه المقر له مع يمينه إن أشبه؟ اللخمي: وهو أحسن ولكون الإبهام في الإقرار إنما هو من جهة المقر أخرجناه من موضوع النظم كما مرّ فتأمله والله أعلم. وقد ألم الزقاق في منهجه بهذا حيث قال:

والحق لا يلزم لكن إن شهد غير به تمت وإلا فاعتمد
على اليمين وكذا جهل العدد بينة أو نسيت وقد ورد

الرد فيهما ورد مثبتاً الخ. ونقل شارحه هناك كلاماً حسناً فانظره ولا بد. ولما كان الخلاف المذكور شاملاً للأصول وغيرها كما مرّ، وكان القول الثاني لا يقول بإجبار المطلوب بالسجن بل ينزع الأصل من يده حتى يقر أشار لذلك فقال:

١٩٣- وما عَلَى المطلُوبِه إجبارٌ إذا ما شَهِدُوا في أصلِ مِلْكٍ هٰكذا

(وما) نافية (على المطلوب) خبر عن قوله (إجبار إذا) ظرف مضمن معنى الشرط خافض لشرطه منصوب بجوابه (ما) زائدة (شهدوا في أصل مالك) يتعلق بما قبله (هكذا) حال من مضمون قوله شهدوا أي حال كون الشهادة هكذا ويجوز أن يكون المجرور من اسم الإشارة متعلقاً بشهدوا أي شهدوا هكذا أي بحق من غير بيان قدره أو حدوده في أصل مالك. قال في المتيطية: آخر باب الصلح، ولو أنهم شهدوا بأن لهذا القائم حصة في الدار لا يعلمون مبلغها ففي رواية مطرف عن مالك أنه يقال له للمطلوب: أقر بما شئت منها واحلف عليه، فإن أبى قيل للطالب سم ما شئت منها واحلف عليه وخذه، فإن أبى أخرجت الدار من يد المطلوب حتى يقر بشيء منها. قال مطرف: وكنا نقول وأكثر أصحابنا إذا لم يعرف الشهود الحصة فلا شهادة لهم حتى قال لنا ذلك مالك فرجعنا إلى قوله واستمرت الأحكام به اهـ. ونقله في التبصرة بأبسط من هذا. فتحصل مما مر أن القول بالبطلان جار في الأصول وغيرها، وكذا القول بالصحة إلا أنه يختلف فيما إذا قال المشهود له: لا أحلف أو لست أعرف فعند مطرف يبطل حقه، وعليه درج الناظم وعلى قياسه في الأصول لا ينزع الأصل من يد المطلوب بل يبطل حق الطالب بقوله ذلك، وحينئذ فلا جبر على ما مشى عليه الناظم لا في الأصول ولا في غيرها وليس في هذا البيت ما يدل على أن الأصل ينزع من يد المطلوب، بل كلامه ظاهر في عدم النزع لأن النكرة في سياق النفي تعم فتشمل نفي الإجبار بالسجن ونزع الشيء من يده لأنه نوع من الإجبار ففيه إشارة إلى أن مختاره في الأصول هو مختاره في غيرها من بطلان الحق بقوله: لا أحلف أو لست أعرف كما لا يخفى وعند مالك يسجن في غير الأصول وينزع الأصل من يده في الأصول، وكذا في المعينات كثوب ونحوه حتى يقر ويحلف على ما أقر به.

والحاصل أن القول بإعمال الشهادة أقوى من القول ببطلانها كما يدل عليه ما يأتي في التنبيه بعده، وكما يدل عليه اقتصار المتيطية وغيرها عليه هنا، وبه أفتى ابن زرب مقتصراً عليه حسبما في استحقاق المعيار، ولذا قال الناظم: وذاك الأعرف وبعد كونه أرجح وأقوى هل يبطل حق الطالب بنكوله أو تجاهله فيه ما ترى، وظاهر النظم أن القولين بالبطلان وعدمه جاريان أمكن الاستنزال أم لا وهو كذلك. إذ في المسألة ستة أقوال كما لابن رشد في البيان. ثالثها:

(وما على المطلوب إجبار) بتعيين القدر يعني وسجنه على ذلك (إذا) أبى وقال الطالب: لست أعرف (ما شهدوا في أصل ملك هكذا) أي إذا كانت الشهادة بخط في أصل دون تعيين قدره. قال ابن يونس: عقب ما مر عنه ولو كان ذلك حقاً في دار حيل بينه وبينها حتى يحلف ولا أحبسه لأن الحق شيء صعب اهـ. فالإجبار موجود لكن بغير سجن.

فرع: وإذا شهد الشهود بالنكاح ولا يعرفون مبلغ الصداق أو شهدوا في البيع ولا يعرفون مبلغ الثمن فقال أبو عمر أحمد بن عبد الملك: لا بد للزوج أن يسمي عدداً فإن أبى حلف الطالب إذا أتى بما يشبه ولزمه النكاح والبيع مثله، وأجاب ابن العطار بمثل ذلك، وقال أبو إبراهيم إسحاق بن إبراهيم التجيبي: الشهادة ساقطة ولست أقول بقول غيري، وذكر أنها رواية عن ابن القاسم اهـ. من التبصرة. ومثله في ابن سلمون والمعيار وزاد إثر قوله: ولا يعرفون أو نسوا ونسب الأول لفتوى ابن المكوي وابن العطار.

يستنزل الشهود فإذا شهدوا بمال فيقال لهم أتعلمون أنه مائة؟ فإن قالوا: لا. قيل لهم: أخمسون هو وهكذا لا زالوا ينزلون حتى يقفوا على ما لا يشكون فيه، والمعمول عليه هو أن لا يعدل عنه مع إمكانه لقوله في المازونية ونوازل المديان من المعيار أن بهذا القول العمل عند الموثقين، وبه أفتى ابن رشد أيضاً حسبما في نوازل الغصب والإكراه من المعيار فيمن غصب ضيعة واستغلها أن البينة تستنزل إلى ما تقطع به في الاستغلال من غير شك، ويلزمه غرم ذلك ونحوه في التبصرة في الباب التاسع والثلاثين. وقال أبو الحسن في كتاب الرجم من المدونة: إنه الذي اعتمده أهل السجلات. قال: وهذا في الشهادة على عدد متماثل كقولهم له عليه مائة دينار أو مائة وخمسة بأو التي للشك والتردد فإن كانت الشهادة على فصول فلا تبطل إلا في ذلك الفصل الذي نسياها فيه إلا أن يكون مرتبطاً بغيره فتبطل فيه وفي غيره كما لو كانت الشهادة على خط غائب أو ميت، وفي الوثيقة محو في بعض الفصول فلا تبطل إلا فيه إلا أن يرتبط بغيره فإذا شهدوا على كذا وكذا ثمراً وامتحى موضع عجوة صحت فيما أيقن به الشهود ويبقى الخلاف بين المتداعيين في الصفة كأنها فصل على حياله اهـ.

قلت: وكذا لو شهدوا بالبيع وقبض الثمن لا يقبض المبيع أو بالعكس أو شهدوا بالسلف دون قبضه أو شهدوا بالبيع دون التأجيل أو الحلول فإن الشهادة تامة في ذلك ويبقى الخلاف بينهما فيما لم يشهدوا به، ويجري على ما يأتي في اختلاف المتبايعين إذ لا ارتباط للمنسي بغيره ومن المرتبط ما إذا شهدوا بالبيع ونسوا الثمن عند من قال بالبطلان كما يأتي وحينئذ فقول ابن رشد في أجوبته: إن الشاهد إذا لم يأت بشهادته على وجهها وسقط عن حفظه بعضها فإنها تسقط كلها بإجماع الخ. يحمل على ما إذا ارتبط الفصل المنسي بغيره وإلاَّ فلا كما ترى لأن التوفيق بين كلام الأئمة مطلوب ما أمكن، وأيضاً فإن هذا إنما يظهر إذا اعترف الشاهد بالنسيان كما يشعر به قوله وسقط عن حفظه بعضها الخ. وأما إذا لم يشهدوا بالفصل المذكور لكونه لم يقع بمحضرهم فلا ينبغي أن يختلف في الأعمال حيث لم يرتبط بغيره لأن النسيان يوجب قوة الشك في الشهادة بخلافه مع فقده فتأمله والله أعلم. وأيضاً فإن الإجماع مردود بما حصله هو بنفسه من الأقوال الستة. تنبيه: شمل قول الناظم:

ولم يحقق عند ذاك العددا. الخ. ما إذا شهدوا بعقد نكاح أو بيع ولم يسموا الثمن والصداق، وأنكر البائع فالشهادة عند مالك تامة، لكن لا على التفصيل المتقدم في القول الثاني بل يقال للبائع: بكم بعتها فإن سمى ثمناً ووافقه المبتاع أداه، وإن اختلفا فيه تحالفا وردت السلعة وإن تمادى البائع على الإنكار سئل المبتاع على الثمن فإن سمى ما يشبه حلف وأداه وإن سمى ما لا يشبه قيل له إن أعطيت ما يشبه أخذتها وإلاَّ فلا. رواه مطرف عن مالك واستحسنه ابن حبيب، وإن كان الأمر بالعكس ادعى البائع البيع وأنكر المبتاع حلف البائع على ما سمى من الثمن إن أشبه ويأخذه من المشتري فإن لم يكن له غير السلعة بيعت عليه وتبعه بالنفس إن لم يف ثمنها الثاني بالأول قاله في اختلاف المتبايعين من المتيطية مقتصراً عليه كأنه المذهب. وكذا اقتصر عليه ابن فتحون وكذا ابن فرحون آخر الباب المتقدم، وذكر في أنكحة المعيار أن ابن المكوي وابن العطار أجابا عن ذلك بصحة الشهادة وإن الزوج والمبتاع يسميان الثمن والصداق وإلا حلف

الطالب إن أتى بما يشبه، وأجاب أبو إبراهيم التجيبي بسقوط الشهادة وذكر أنها رواية أصبغ عن ابن القاسم، وكذا ذكر ابن سلمون القولين، وقال: إن القول بالسقوط أحسن ونسبه لصاحب الاستغناء ونحوه في طرر ابن عات عن الاستغناء أيضاً، وعلله بأن البيع إنما يكون بثمن يرضاه البائع والمبتاع والقيمة تعديل من غيرهما، وقد تخرج عن رضاهما جميعاً أو عن رضا أحدهما الخ. وقوله: والقيمة تعديل الخ. وهو ما مر عن المتيطية في قوله: سمي ما يشبه أي ما يشبه أن يكون قيمة وثمناً لها عند أهل المعرفة، وبالقول الأول أفتى أبو الفضل العقباني حسبما في أوائل معاوضات المعيار والمازونية قائلاً: إن البيع لازم والجهل بالثمن لا يضران ادعاء أحد المتعاقدين أي لأن القول لمدعي الصحة، وإنما يضر جهلهما معاً وقد يكون الثمن معلوماً فيما بينهما ولم يذكراه المشهود. وقال أبو عبد الله الغوري حسبما في نوازل العلمي أن الراجح صحة النكاح الذي لم يتعرض شهوده لمبلغ الصداق ويحكم فيه بالتسمية المشبهة إن ادعاها وإلا فهو نكاح تفويض اهـ. وعلى قياسه في البيع يقال يحكم بالتسمية المشبهة إن ادعاها المشتري وإلاَّ فلا سبيل له إليها إلا أن دفع ثمن المثل كما تقدم. كما أنه في نكاح التفويض لا يصل للزوجة إلا إن فرض لها المثل، فتبين بهذا رجحان القول بصحة الشهادة لاقتصار غير واحد من الفحول عليه، ولم يذكروا له مقابلاً وبنوا وثائقهم عليه لأنه قول الإمام ومقابله انفرد صاحب الاستغناء باستحسانه والتجيبي بالفتوى به فيما وقفت عليه فتعبير بعضهم عنه بالمشهور في عهدته والله أعلم. وبالجملة فماهية البيع من عاقد ومعقود عليه وصيغة موجودة ثابتة وانتفاء الجهل في قدر الثمن شرط خارج عن الماهية فيجري حكمه على اختلافهما فيه على حياله.

فإن قلت: كان القياس إذا لم يسموا الثمن والصداق أن يتحالفا ويتفاسخا مع قيام السلعة سواء سمى البائع ثمناً وخالفه المبتاع فيه أو استمر البائع على إنكار العقد ومع الفوات بصدق مشتر ادعى الأشبه كما في اختلاف المتبايعين في قدر الثمن. قلت: التحالف والتفاسخ لا يتأتى مع استمرار البائع على الإنكار لأن الخلاف حينئذ ليس في القدر بل في أصل العقد، ولم يسم البائع ثمناً مخالفاً لما ادعاه المشتري حتى يرجعا للاختلاف في القدر، بل لما ثبت البيع عليه بالبينة حمل على ثمن المثل لأنه الغالب في بياعات الناس والحمل على الغالب واجب، فإذا ادعاه المشتري أو أداه استحق المبيع وإلاَّ فلا.

١٩٤ـ ومُنكِرٌ لِلْخَصْمِ مَا ادَّعَاهُ أَثْبَتَ بَعْدُ أَنَّهُ قَضَاهُ

(ومنكر) مبتدأ سوغه تعلق (للخصم) به (ما) أي حقاً مفعول بمنكر (ادعاه) صفة أو صلة لما وضميره المستتر يعود على الخصم والبارز على ما كدعواه عليه بعشرة من بيع أو قرض مثلاً فأنكر فقامت عليه البينة بها فـ(ـأثبت) هو أي المنكر (بعد) أي بعد قيامها عليه أو بعد إقراره بها (أنه) أي المنكر (قضاه) إياها وأن وما بعدها في تأويل مصدر مفعول أثبت، وجملة أثبت صفة لمنكر.

(ومنكر للخصم ما ادعاه) عليه ذلك الخصم كعشرة مثلاً من بيع أو قرض فأنكر المطلوب أصل المعاملة، فلما قامت عليه البينة (أثبت بعد) أي بعد قيامها عليه أو بعد إقراره بها (أنه قضاه) إياها

١٩٥- لَيْسَ عَلى شُهُودِهِ مَنْ عَمَلِ لِكَوْنِهِ كَذَّبَهُمْ في الأَوَّلِ

(ليس على شهوده) خبر (من عمل) اسم ليس جر بمن الزائدة (لكونه) أي المنكر (كذبهم في) القول (الأول) حيث أنكر والجملة من ليس وما بعدها خبر المبتدأ. ومن كذب بينته فقد أسقطها، وقد علمت من هذا التقرير أنه ادعى عليه بشيء خاص كالسلف والبيع فأنكر هو ذلك الخاص. وقال: ما أسلفتني ولا بعتني، فلما أثبت عليه البيع والسلف وقبض المبيع والقرض أثبت هو القضاء. وقولنا: وقبض المبيع والقرض احترازاً مما لو أقام عليه بينة بمجرد عقد البيع والسلف دون القبض فإن ذلك لا يوجب على المطلوب غرماً. وقولي فأنكر ذلك الخاص احترازاً مما إذا أتى بلفظ عام كقوله في المثال المذكور: لا حق لك عليّ أو ليس لك علي شيء أو لا وديعة لك عندي أو ليست الدار لك ونحو ذلك فإن هذا لم يكذبهم كما هو مفهوم من النظم فتقبل حينئذ بينته بالقضاء لعدم استلزام إنكاره حينئذ لتكذيبها. (خ): وإن أنكر مطلوب المعاملة فالبينة ثم لا تقبل بينته بالقضاء بخلاف لا حق لك علي أي لأن قوله لا حق لك علي أعلم فيصدق بما إذا لم يسلفه أصلاً أو أسلفه فقضاه فمن حجته أن يقول: صدقت ما كان لك علي شيء في هذا الوقت لأني كنت قضيتك أو اشتريت الدار منك، ونحو ذلك. وكذا لو كان البائع للدار مثلاً مستمراً على الإقرار بالبيع بعد إنكار المشتري شراءها فإن للمشتري أن يرجع عن إنكاره وتكون الدار له كما لو قال له: كنت بعت لك داري. فقال: ما اشتريتها منك وبقي البائع مستمراً فللمشتري الرجوع إلى قوله بخلاف ما إذا أنكر الهبة ونحوها، فلما ثبتت عليه استظهر بالاسترعاء فيها فإنه لا يقبل استرعاؤه، وظاهر النظم كغيره أنها لا تقبل بينته ولو كان جاهلاً لا يفرق بين قوله ما أسلفتني ولا أودعتني وبين قوله ما لك علي ولا عندي. وذكر ابن ناجي في شرح المدونة أن الجاهل يعذر ومثله للح عن الرعيني. وكذا نقل أبو الحسن في كتاب اللعان عند قولها وإن أقامت المرأة بينة أن الزوج قذفها وهو ينكر حداً لا أن يدعي رؤية فيلتعن ويقبل منه بعد جحوده لأنه يقول كنت أريد أن أكتم اهـ ما نصه ابن محرز. هذه المسألة أصل لمن

(ليس على شهوده من عمل) ولم ينتفع بشهادتهم (لكونه كذبهم في) القول (الأول) حيث أنكر ومن أنكر بينة فقد أسقطها ومن أوجب له سماعها بعد تكذيبه إياها فقد فتح باباً من الشغب والتعنيت وأعان عليه قاله ابن الهندي. وقال المتيطي: أما لو أنكر المعاملة فأثبتها الطالب فاستظهر المطلوب بالبراءة بدفعه لذلك، فإنه لا تقبل منه بينة بعد إنكاره، هذا هو المشهور والمعمول به، وقال الشارح: إن به القضاء، وروى حسين عن ابن نافع تنفعه البراءة ولا يضره إنكاره، وقيل: لا تنفعه إلا في الأصول والحدود، وقيل: إلا في الحدود (خ): وإن أنكر مطلوب المعاملة فالبينة ثم لا تقبل بينته بعده بالقضاء بخلاف لا حق لك علي يعني لأن هذا لم يكذب بينة قال الحطاب: وينبغي أن يقيد ذلك بما قال الرعيني وهو أن يكون المدعى عليه يعلم أن الإنكار يضره، فإن كان ممن يجهل ذلك ولا يفرق بين الصيغتين فيعذر بالجهل إلا إذا حقق عليه، وقال له: أنت تنكر هذا أصلاً فإذا قامت عليك البينة فلا تسمع بينتك فإذا استمر على ذلك فحينئذ لا تسمع بينته، وينبغي أن يقيد بغير الحدود والأصول لأن هذا قول ابن القاسم وابن كنانة اهـ. والمسألة من باب الإقرار الحاصل بالتضمن لا بالتصريح وفي أعماله خلاف.

ادعى عليه حق فجحده فقامت البينة عليه به فادعى القضاء فعلى مذهب الغير لا يمكن، وعلى قول ابن القاسم يعتبر جحوده على أي وجه كان فإن كان له عذر من جهله أو جهل من يحكم عليه أو سطوته أو غيبة بينته ويخشى أن لا يمهل لقدومها أو كانوا ممن لا يوثق بعدالتهم ولا يؤمن من جرحتهم، فيمكن من إقامة البينة كما يمكن هذا من اللعان بعد إنكاره اهـ. ونقله في المتيطية أيضاً مسلماً فتبين أن الجاهل إذا كان يعذر فكذلك يعذر غيره إذا ذكر أحد هذه الوجوه وأثبت سطوة الحاكم أو غيبة البينة ونحو ذلك من كونهم لا يوثق بعدالتهم أو يحتاجون للتزكية كما أن الجاهل لا بد أن يثبت أن مثله ممن يجهل ذلك.

والحاصل أنهم قالوا المشهور المعمول به عدم القبول كما لأبي الحسن وغيره قالوا: وإلا لم يكن لتقييد المقال فائدة كما في قول الناظم: ولانحصار ناشىء الخصام، وظاهر إطلاقاتهم كالناظم و(خ) أنه لا فرق بين من له عذر وبين من لا عذر له، ولكن قالوا: ينبغي تقييده بمن لا عذر له كما يقيد أيضاً بغير العقار والقذف على ما لشراح (خ): ولكن في المتيطية وأبي الحسن وابن عات أن العمل على عدم قبولها حتى في العقار، وحينئذ فما للشراح من قبولها فيه مقابل لهذا العمل فلا يعول عليه، وإن كان قول ابن القاسم كما سيأتي في آخر باب الضمان أن هذه إحدى المسائل التي خالف فيها أهل الأندلس ابن القاسم وإن فرضنا مشهوريته لكونه في المدونة فإن العمل مقدم على المشهور ومخالفة العمل ليست بالأمر الهين كما لابن سراج والشاطبي على أن المعمول به مشهور أيضاً، وما خفي قول ابن القاسم على هؤلاء الأشياخ كما يأتي في الوديعة، وقد أشرنا إلى ذلك أيضاً في حاشية اللامية وباب الوكالة من شرح الشامل، ثم إن المسألة من باب الإقرار الحاصل بالتضمن لا بالتصريح وفي أعماله خلاف. قيل: يضر، وقيل: لا يضر، واستحسنه اللخمي قائلاً لأنه يقول أردت أن أحلف ولا أتكلف البينة، ويؤيده ما مرّ من أنه يقول: كنت أريد أن أكتم الخ. وأقامة السيوري من المدونة قائلاً: الصواب أن الناس أجمع معذورون وأن لهم الرجوع إلى إقامة البينة بعد التصريح بالجحود. وثالثها لابن القاسم في المدونة لا يضر في الحدود والأصول ويضر في غيرها. وفي (خ) من هذا مسائل منها ما مرّ في قوله: وإن أنكر مطلوب الخ. ومنها قوله في العتق: وإن شهد على شريكه بعتق نصيبه فنصيب الشاهد حر الخ. وقوله في الاستلحاق: وإن اشترى مستلحقه والملك لغيره عتق كشاهد ردت شهادته. وقوله في الطلاق: وإن قال سائبة مني حلف على نفيه فإن نكل نوى في عدده، وقوله في التخيير: وقبل إرادة الواحدة بعد قوله لم أرد طلاقاً الخ، وقوله في الوديعة: ويجحدها ثم في قبول البينة الرد خلاف الخ، ومعنى التضمن المذكور أن بينة القضاء والشراء مثلاً تضمنتا وجود المعاملة والملك اللذين أنكرهما المطلوب فإنكاره تكذيب، لكن لا بالصراحة إذ لم يقل إنها كاذبة وليس من التكذيب من ادعى على أخوته أن له حقاً في دار بالإرث من أبيهم، فأنكروا أن يكون صار إليهم من أبيهم شيء منها فأثبت أنها موروثة عن الأب لأن الطالب أتى ببينة شهدت

تنبيه: وإنكار الوديعة أو القراض ثم يثبت درهماً بعد قيام البينة عليه بالأصل كذلك. **فرع**: لو ماتت الزوجة فسئل الزوج ما أورد بيتها من الجهاز ليورث معه، فأنكر إيراد شيء فقامت البينة بإيراد أشياء لم يلزمه غير اليمين أنه ما غاب على شيء لأنه لو أقر لم يلزمه غير ذلك قاله ابن رشد.

باشتراكهم قاله في الوثائق المجموعة، وقد تقدم أن الطالب إذا كان مستمراً على الإقرار فللمنكر الرجوع إلى قوله وليس منه أيضاً ما إذا قال: دفعت ما علي من السلف مثلاً لربه، فلما كلف بالبيان أثبت أنه دفعه لزوجته لأن الناس يرون أن مال الزوجة مال لزوجها قاله في المعيار. وليس منه أيضاً إنكار الزوج بعد موت زوجته إيراد الجهاز لبيتها فقامت البينة بإيراد أشياء كما لا يخفى وليس عليه إلا اليمين أنه ما غاب على شيء إذ لو أقر بالإيراد المذكور لم يلزمه غير ذلك قاله في المعيار، وظاهر النظم أنه لا فرق في ذلك بين إنكار الوكيل وغيره. وانظر عند قوله في الوكالة. والنقض للإقرار والإنكار الخ. ومفهوم قوله: للخصم أنه إذا أنكر لغير الخصم كما لو سأله رجل بمحضر شاهدين عن شرائه أو سلفه من فلان مثلاً فقال: ما اشتريت ولا تسلفت منه شيئاً، فلما سمع ذلك البائع أو المقرض قام وأثبت أن الدار له وأصل السلف، فإن بينة المنكر تقبل بالشراء والقضاء لأن الإنكار إنما يعتبر وقت الخصام وتقييد المقال لأنه موضع التحرز فلا ينفعه فيه دعوى الغلط والنسيان بخلاف غيره. قال في المعيار عن سيدي مصباح: ويدل له ما مر من قولهم: وإلا لم يكن لتقييد المقال فائدة فقولهم ذلك يدل عن أن الإنكار المعتبر هو الواقع وقت الخصام وهو ظاهر.

تنبيه: إذا قلنا هو مكذب بإنكاره المذكور فلا يبطل حقه إلا فيما كذبهم فيه فقط لا في غيره مما شهدوا به له أو عليه لأن تكذيبه من باب الإسقاط لا من باب التجريح إذ لا يجرح الشاهد بالكذب حتى يكون مجرباً فيه، وأيضاً لو قال كذبتهم في ذلك اليوم لجرحة لم تكن فيهم وقت الشهادة السالفة لصح ذلك ولم يكن تناقض في قوله قاله في المعيار عن أبي الحسن وسيدي مصباح.

١٩٦ـ وفي ذَوِي عَدْلٍ يُعَارِضَانِ ... مُبَرِّزاً أَتَى لَهُمْ قَوْلانِ

(**وفي ذوي عدل**) صفة لمحذوف يتعلق بقوله أتى (**يعارضان**) صفة بعد صفة (**مبرزاً**) مفعول بما قبله (**أتى لهم**) يتعلق بالفاعل وهو (**قولان**) والضمير المجرور لأصحاب مالك أي أتى قولان لهم في شاهدين ذوي عدل يعارضان شاهداً واحداً مبرزاً.

١٩٧ـ وبالشَّهِيدَيْنِ مُطَرِّفٌ قَضَى ... والحَلْفَ والأَعْدَلَ أَصْبَغُ ارْتَضَى

(**وبالشهيدين**) لو فرعه بالفاء لكان أظهر (**مطرف**) مبتدأ (**قضى**) خبره، وبالشهيدين يتعلق به أي قدم مطرف الشهيدين على المبرز. ابن رشد: وهو أظهر إذ من أهل العلم من لا يرى الشاهد واليمين وكذا يقدم الشاهدان من جانب على الشاهد الغير المبرز مع المرأتين من الجانب الآخر، فإن كان معهما مبرز قدم عليهما (**خ**) ورجح بشاهدين على شاهد ويمين أو امرأتين. (**والحلف**) بسكون اللام مفعول مقدم بقوله: ارتضى (**والأعدل**) معطوف عليه (**أصبغ**) مبتدأ

(**وفي**) شاهدين (**ذوي عدل يعارضان**) بشهادتهما شاهداً واحداً (**مبرزاً أتى لهم قولان**) يعني فيما إذا تعارضت شهادة عدلين مع شهادة عدل واحد مبرز (**وبالشهيدين**) أي بتقديمهما (**مطرف قضى**) على الشاهد ولو كان أعدل أهل زمانه، وقاله ابن الماجشون، ورواه أصبغ عن ابن القاسم، ابن رشد: وهو الأظهر إذ من أهل العلم من لا يرى الحكم بالشاهد مع اليمين (**والحلف**) بسكون

(ارتضى) خبره أي ارتضى تقديم الأعدل مع اليمين على الشاهدين. ابن رشد: وهو إغراق في القياس وربما يفهم مما في كتاب. ابن المواز: ترجيح ما لأصبغ لأنه قال: إن أقام أحدهما شاهداً وأقام الآخر أربعة فإن كان الواحد أعدل قضيت به مع اليمين قاله أشهب، وتابعه عليه أصحاب مالك، وقاله أصبغ أيضاً نقله ابن رحال وبه قرر كلام (خ) في شرحه وفهم من قوله مبرزاً أنهما يقدمان على غيره اتفاقاً وأن الأعدل من البينتين مقدم على غيره ولو أكثر عدداً (خ) وبمزيد عدالة لا عدد وظاهر هذا أنه يقضي بالأعدلية وإن كان المتنازع فيه تحت يد الآخر، وأن الأعدلية تراعى وإن لم تبلغ حد التبريز وأنها تعتبر ولو كانت في أحد الشاهدين فقط وهو كذلك في الجميع، وإذا قلنا بالترجيح بزيادة العدالة فإن ذلك مع اليمين في المال وما يؤول إليه لا في غيره كالنكاح والعتق لأن زيادة العدالة كشاهد واحد على المشهور ومحل عدم الترجيح بزيادة العدد إذا لم يكثروا بحيث يقطع بصدقهم وإلاَّ وجب الترجيح بزيادة العدد، ولو كن نساء كما مرّ عند قوله: وامرأتان قامتا مقامه ولو كانت الأخرى أعدل لأن غاية ما تفيده زيادة العدالة غلبة الظن بخلاف الكثرة فتفيد العلم. وقوله في المدونة: وامرأتان ومائة امرأة سواء محمول على المبالغة كما للخمي وغيره. انظر طفي أول الشهادات، ثم إنما يصار للترجيح بالأعدلية في شهادة الاسترعاء كما أن الترجيح بالتاريخ معلق بشهادة الأصل قاله الشارح أول الباب وتقدم ذلك عند قوله: وحل عقد شهر التأجيل الخ. وتأمل قوله: إن الترجيح بالتاريخ معلق بشهادة الأصل فإنه يقتضي أنه إذا شهدت إحداهما أن هذه الأرض مثلاً ملكه وشهدت الأخرى أنها ملك لفلان وأرخت إحداهما دون الأخرى أو أرختا ولكن إحداهما أقدم تاريخاً أنه لا يرجح بالتاريخ ههنا لكونها شهادة استرعاء وليس كذلك بل يرجح به كما قال.

١٩٨ـ وَقِدَمُ التَّارِيخِ تَرْجِيحٌ قُبِلْ   لا مَعْ يَدٍ والعَكْسُ عَنْ بَعْضٍ نُقِلْ

(وقدم التاريخ) مبتدأ **(ترجيح)** خبره **(قبل)** صفة له فإذا شهدت بينة أنه يملك هذه الأمة منذ عام وشهدت الأخرى لآخر أنه يملكها منذ عامين قضى بذات العامين ولو كانت الأخرى أعدل. ابن عبد السلام: لأنهما تساقطتا فيما تعارضتا فيه وهو العام وبقي استصحاب الحال لذات الأقدم خالياً عن المعارض اهـ. وسواء كان المتنازع فيه بيدهما أو بيد أحدهما أو لا يد عليه كما في المدونة قال فيها: إلا أن يحوزها الأقرب تاريخاً بالوطء والخدمة والادعاء لها بحضرة الآخر فهذا يقطع دعواه اهـ. وإنما كان قاطعاً لدعواه لأن ذلك من باب الحيازة القاطعة لحجة القائم كما يأتي في محله إن شاء الله. **(لا مع يد)** بالعطف على محذوف أي قبل حال كونه كائناً

اللام وهو مفعول مقدم **(والأعدل أصبغ ارتضى)** تقديمهما على الشاهدين. ابن رشد: هذا إغراق في القياس. **(وقدم التاريخ ترجيح قبل)** قال ابن عبد السلام: يعني أن البينتين إذا أُرختا وكان تاريخ إحداهما أقدم. رجح بذلك القدم لأن الملك ثبت للأقدم والإبقاء ما كان على ما كان وما أثبتته البينة الأخرى محتمل لمعارضة هذه البينة له فتساقطتا فيما تعارضتا فيه ويبقى استصحاب الحال لذات الأقدم خالياً عن المعارض اهـ. وظاهره تقديمها ولو كان الشيء بيد الآخر، وصرح به اللخمي ونصه: وإن أرختا قضى بالأقدم، وإن كانت الأخرى أعدل وسواء كانت تحت يد أحدهما أو أيديهما أو يد ثالث أو لا يد عليه اهـ. ونحوه لابن يونس فقول الناظم: **(لا مع يد)** أي مرجح بقدم التاريخ ما لم يكن

مع عدم اليد لا مع اليد أي يرجح بقدم التاريخ ما لم يكن المتنازع فيه بيد الآخر خلاف النقل ولا حجة له في قول المدونة إلا أن يحوزها الأقرب الخ. لأنه من باب الحيازة كما مرّ، ولا في قولهم إن اليد من المرجحات لأن الترجيح بها إنما يعتبر إن لم يوجد مرجح أصلاً كما قال (خ): وبيد ان لم ترجح بينة تقابله الخ على أن عدها من المرجحات تجوز لأن البينتين لما تعادلتا سقطتا وبقي الشيء بيد حائزه، ومحل الترجيح بقدم التاريخ مع أعدلية إحداهما ما لم تكن الأخيرة شهدت بالولادة كما لو شهدت إحداهما أنه يملكه منذ ثلاث سنين، وشهدت الأخرى أنها ولدت عنده منذ سنتين فإنها تهاتر ويقضي بالأعدلية ههنا قاله ابن يونس، ويقيد بما إذا لم يقطع بكون سن المتنازع فيه من ثلاث سنين فقط أو من سنتين فقط وإلاَّ قضى بذات السن للقطع بكذب الأخرى ولا مفهوم لقوله: وقدم التاريخ بل كذلك إذا لم يكن هناك أقدم بأن أرخت إحداهما ولم تؤرخ الأخرى أصلاً أو أرخت إحداهما بالشهر والأخرى باليوم الثالث منه أو العاشر مثلاً، فإن ذات التاريخ في الأولى أو ذات الأخص في الثانية تقدم. **(والعكس)** مبتدأ وهو تقديم ذات التاريخ الأقرب ولو كان الشيء بيد الآخر **(عن بعض)** يتعلق بالخبر الذي هو جملة **(نقل)** قيل وهذا نقل غريب لم يوقف عليه، وليس من المرجحات الملك على الحوز ولا النقل على الاستصحاب لأن الحوز أعم من الملك إذ يكون عن ملك وعن غيره، والأعم لا يعارض الأخص، ولذا لو شهدوا لرجل بملك شيء وشهدوا لمن هو بيده بالحوز لأن شهادتهما عاملة لأنهما شهدا بعلمهما في الأمرين وحيازة الحائز يحتمل أن تكون بإرفاق أو توكيل ولا يلزمهم الكشف عن ذلك فلا تناقض في شهادتهما قاله ابن عتاب. وكذا بينة الاستصحاب لا تعارض الناقلة لأن المستصحبة شهدت بنفي العلم بالخروج عن ملكه، وذلك لا يقتضي عدم الخروج فلم يحصل تعارض في المسألتين حتى يصار للترجيح فيعمل ببينة الملك والنقل لعدم معارضة الأخرى لها. ولذا لم يذكرها الناظم من المرجحات. نعم بقي عليه الترجيح بسبب الملك على عدمه وبالإثبات على النفي وبالإصالة على الفرعية فالأول كشهادة إحداهما بأنه ملك لزيد والأخرى بأنه ملك لعمرو ونسجه أو نتج عنده أو نسخ الكتاب بيده أو اصطاد ما يصطاد سواء قالوا لنفسه أم لا. فتقدم ذات السبب (خ): والأرجح بسبب مالك كنسج ونتاج لا يملك من المقاسم، والثانية المثبتة للحكم كشهادة إحداهما بأنه خطه أو كفء لها أو هي بالغة أو بأنه باع أو طلق في وقت كذا وشهدت الأخرى أنه غير خطه أو غير كفء أو تزوجت قبل البلوغ أو لم يتلفظ بالطلاق أو بالبيع في ذلك الوقت فإن المثبتة للخط والكفاءة وغيرهما أولى لأنها أثبتت حكماً وأوجبته أي

الشيء بيد الآخر فيه نظر، ولا حجة له فيما نقله الشارح، ومن قلده من قول ابن يونس: لو شهدت بينة أن هذا يملك الأمة منذ عام، وأخرى لآخر أنه يملكها منذ عامين، فإني أقضي ببينة أبعد التاريخين إن عدلت، وإن كانت الأخرى أعدل ولا أبالي بيد من كانت الأمة إلا أن يحوزها الأقرب تاريخاً بالوطء والخدمة والادعاء لها بمحضر الآخر، فهذا يقطع دعواه اهـ. لأن هذا من باب الحيازة والوطء في الأمة لمن يدعي ملكها مع علم الآخر وسكوته قاطع لدعواه فيها، وإن لم تمض السنة وكلامنا في غير ذلك **(والعكس)** يعني تقديم ذات التاريخ الأحدث أو تقديمها ولو كان الشيء بيد الآخر **(عن بعض نقل)** وهذا نقل غريب لم يوقف عليه.

أوجبت حقاً لم يكن وأثبته وهو ما ذكر من الخط الموجب لثبوت الحق وغير ذلك. وذلك راجع في الحقيقة إلى تقديم الناقلة على المستصحبة كما بيناه في حاشية اللامية وكشهادة إحداهما أنه قتل زيد عمراً يوم كذا وشهدت الأخرى أنه كان ذلك اليوم ببلد بعيد لأن شهادة القتل أوجبت حكماً وأثبته وهو القصاص. ابن رشد: هذا مشهور المذهب، وقال إسماعيل القاضي: يقضي ببينة البراءة إن كانت أعدل وإن استويتا في العدالة سقطتا. ابن عبد البر، وقول إسماعيل عندي صحيح إذ لا ينبغي أن يقدم على الدم إلا بيقين دون الشك اهـ. ابن رحال: وهو الصحيح عندي وغيره لا تطيق القول به لأن هذا تعارض حقيقي بالضرورة فلو شهدت إحداهما بالقتل في وقت كذا، والأخرى بالزنا أو السرقة في ذلك الوقت أو إحداهما بأنه تلفظ بالطلاق وقت كذا والأخرى بأنه تلفظ بالعتق فقط في ذلك الوقت سقطتا لأن كلاً منهما أوجبت حكماً ولا ينظر للأعدلية لأنها إنما ينظر إليها فيما يثبت بالشاهد واليمين، ولذا إذا شهدت إحداهما أنه أسلفه مائة بمجلس كذا وشهدت الأخرى أنه ما أسلفه إلا عشرة في ذلك المجلس، فإن ذات الزيادة أعمل قاله ابن القاسم وله أيضاً أنهما يتساقطان إن لم تكن إحداهما أعدل، ابن رشد: وهو الذي يوجبه القياس فقوله: وهو الذي يوجبه القياس ربما يشهد لما قاله القاضي إسماعيل. انظر شرح الشامل والحطاب على أنه قد قال (ز) عند قول (خ) في اللعان أو ادعته مغربية على مشرقي ما نصه: محل تقديم بينة القتل ما لم يكثر الشاهدون أنه كان في ذلك الوقت في مكان آخر بحيث يفيد خبرهم العلم الضروري فيعمل بشهادتهم اهـ. وكشهادة إحداهما بالتجريح والأخرى بالتعديل وتقدم عند قول الناظم: وثابت الجرح مقدم على الخ. أن محل هذا إذا لم تقطع كل منهما بكذب الأخرى وكذا لو شهدت إحداهما بالإكراه والأخرى بالطواعية فبينة الإكراه أعمل. وهذا والمثال الذي قبله يدلان على أن القاعدة أغلبية وإلا لقدمت بينتا التعديل والطواعية لأنهما أثبتا حقاً لم يكن مع أنهم قالوا: يتساقطان في التعديل حيث اتحد الوقت وتقدم بينة الإكراه فتأمله مع إطلاق الزقاق في منهجه حيث قال:

ومثبت أولى من الذي نفى في الجرح والقتل بلوغ عرفا

ولكن في (ز) أن بينة الإكراه إنما قدمت لأنها ناقلة عن الأصل لأن الأصل في أفعال الناس الطواعية فمن شهد به فقد شهد بالأصل والشهادة بالإكراه ناقلة عنه قال؛ وكذا، كل ضرر لأن من أثبت قد زاد علماً الخ. وليس من تعارض النفي والإثبات ما إذا شهدت إحداهما بأن فلاناً أقر لفلان بمحضرنا بكذا وشهدت الأخرى بأنه ما أقر بشيء حتى مات لأنهما لم يتواردا على وقت واحد فإن تواردا عليه كيوم موته جرى على ما مرّ وليس منه أيضاً ما إذا شهدت إحداهما بمعاينة حوز الصدقة ونحوها قبل الموت، وشهدت الأخرى برؤية المتصدق يخدمه إلى مرض الموت فإن بينة عدم الحوز تقدم إذا لم تتعرض الأخرى لاستمراره قاله القرافي في الفرق ٢٢٨. وبالجملة، إذا رجع المتصدق ونحوه قبل السنة لصدقته أو شك في تاريخ رجوعه فبينة عدم الحوز أعدل كما للونشريسي، ونقله أبو عبد الله عبد القادر الفاسي في جواب له ونحوه لأبي الضياء مصباح في معاوضات المعيار، وإن رجع إليها بعد أن حيزت عنه سنة فلا بطلان وإن تعاوضا في السنة فبينة الحيازة أعمل على ما لابن مالك وهو مذهب المدونة كما في ابن سهل لأنها أوجبت حكماً وهو صحة الهبة. وقيل: ينظر للأعدل وهو الموافق لما مرّ عن ابن

رشد. وقيل: إن كانت الصدقة بيد المتصدق عليه وقت الدعوى قدمت بينة الحيازة وإلاّ فلا. وبالجملة فلا ينبغي إطلاق القول بتقديم الإثبات على النفي في جميع الصور بل يختلف في ذلك باختلاف الجزئيات كما مرّ، ومهما أطلقت إحداهما وقيدت الأخرى بوقت معين فلا تعارض، ومهما قيدتا بوقت واحد جاء الخلاف ووجهه في الحيازة إن كلاً منهما شهدت بانفراد شخص معين بالتصرف في وقت معين، وكذا في القتل لأن كلاً منهما أثبتت أنه كان ببلد كذا وقت كذا مشتغلاً فيه بالصلاة مثلاً والأخرى بالشرب أو بالقتل أو بالزنا أو بالسرقة. وكذا في التجريح لأن كلاً منهما شهدت بأنه بات ليلة كذا معتكفاً على شرب الخمر، والأخرى على الطواف أو الصلاة في تلك الليلة. وفي الوصية شهدت إحداهما باختلاط عقله والأخرى بصحته، وليس المراد بالنافية التي لفظت بحرف النفي في شهادتها لأن ذلك يقتضي أنها إذا شهدت إحداهما باختلاط العقل والأخرى أنه لم يكن مختلط العقل قدمت بينة الاختلاط وذلك خلاف الواقع، وأما الثالث وهو الترجيح بالإصالة فمنها بينتا الصحة والفساد فبينة الصحة أعمل لأنها الأصل ما لم يغلب الفساد وإلاّ فتقدم بينته، وقد يقال: إنهما في مثل هذا لما تعارضتا سقطتا وبقي القول لمدعي الصحة، وههنا بينتا التسفيه والترشيد فبينة السفه أعمل خلافاً لما في ابن سلمون، وهذا بالنسبة لإطلاقه من الحجر، وأما بالنسبة للمبيع ونحوه من المعاملات فتقدم بينة الترشيد لأنها أوجبت صحة العقد كما يأتي في اختلاف المتبايعين ومنها بينتا التعديل والتجريح فبينة التجريح أعمل ما لم يتعارضا في وقت خاص كما مر ومنها بينتا الرقية والحرية فالحرية أعمل لأنها الأصل، ومنها بينتا البلوغ والكفاءة فبينتهما أعمل لأنهما يوجبان صحة العقد الذي هو الأصل، وبهذا الاعتبار صح عدهما من هذا القسم وإلا فهما من القسم الذي قبله كما مرّ وإنما أدخلناهما في هذا تبعاً للغير، ومنها بينتا الصحة والمرض فبينة الصحة أعمل كما في أنكحة المعيار عن اليزناسي لأنها الأصل ومحل ذلك إن قالت بينة المرض لم يزل مريضاً في علمنا في هذا الشهر أو في هذا اليوم وقالت: بينة الصحة لم يزل صحيحاً كذلك ولم يعلم تقدم إحداهما على الأخرى، وأما إن علم تقدم الصحة كما لو قالت: بينة نعلمه صحيحاً في أول رمضان ولم يزل كذلك في علمنا وشهدت الأخرى بأنه مرض في العاشر منه فتقدم بينة المرض لأنها ناقلة، ولا سيما إن عينت سبب المرض ما هو لأن المرض وجود داء في الإنسان والصحة انتفاؤه وإن تقدم المرض على الصحة قدمت بينة الصحة إذا شهدت بصحة تنافي ذلك المرض بحيث لا يجتمع معها كشهادتهم بتصرفه تصرف الأصحاء بحمل الأثقال ونحوها لأن بينة الصحة ناقلة حينئذ قاله ابن رحال في شرحه. ومنها بينتا العدم والملاء فتقدم بينة الملاء بينت أم لا. على ما به العمل، ومنها بينة المعرفة والتعريف فتقدم بينة المعرفة، ومنها بينتا صحة العقل واختلاطه في الوصية فتقدم بينة الصحة لأنها أوجبت صحة العقد التي هي الأصل وإنما أدخلنا مسألة الوصية في القسم الذي قبله نظراً للنفي والإثبات وتبعاً للغير. وفي أقضية البرزلي أنه ينظر في شهادة الذين شهدوا بذهوله فإن قالوا هم أو غيرهم ممن يقبل أنه كان به الذهول في الوقت الذي شهد عليه الأولون في صحة عقله فهي أعمل لأن الذهول يخفى على قوم ويظهر لآخرين فمن قطع بعلمه فهو أحق بالقبول، وإذا لم يشهدوا على ذهوله في ذلك الوقت فشهادة الصحة أعمل لأنهم قطعوا بعقله اهـ. فانظره. ومنها بينتا الطوع والإكراه فبينة الإكراه أعمل وكذا كل ضرر وهذا في الحقيقة من

القسم الذي قبله إذ لو روعيت الأصالة هنا لقدمت الطواعية. وظاهر كلامهم تقديم بينة الإكراه، ولو أدى ذلك لفسخ العقود والمعاملات إذ لا ثمرة لها إلا ذاك وهو كذلك كما في استحقاق المعيار، وانظر الورقة السابعة والعشرين من بيوع البرزلي ففيها مسائل تعارض البينتين.

١٩٩ـ وإنَّما يكونُ ذاك عِنْدَما لا يُمكِنُ الجَمْعُ لنا بَيْنَهُمَا

(وإنما يكون ذاك) اسم يكون والإشارة للتعارض الموجب للترجيح (عند) يتعلق بيكون إن كانت تامة أو بخبرها إن كانت ناقصة (ما) مصدرية (لا يمكن الجمع) صلتها وهي مع صلتها في تأويل مصدر أي عند عدم إمكان الجمع (لنا) يتعلق بيمكن (بينهما) يتعلق بالجمع (خ): وإن أمكن جمع بين البينتين جمع، ومثاله أن يدعي أنه أسلم هذا الثوب في مائة إردب حنطة. وقال المسلم إليه: بل هذين الثوبين لثوب سواه في مائة إردب حنطة وأقام كل البينة على دعواه كانت الثلاثة أثواب في المائتين ويحملان على أنهما سلمان لأن كل بينة شهدت بغير ما شهدت به بينة الآخر، وهذا إذا كان ذلك في مجلسين وإلاَّ فهو تهاتر فيصار فيه للترجيح على رواية المصريين كما مرّ فيما إذا تعارضتا بالطلاق والعتق في مجلس واحد، وكذا إن شهدت إحداهما بأنه طلق الصغرى والأخرى بأنه طلق الكبرى أو شهدت إحداهما بأنه زنى والأخرى بأنه سرق فإنه يلزمه الطلاق فيهما، ويقطع ويحد حيث كانتا في زمنين وإلا فهو تهاتر لا يمكن فيه الجمع. ومن إمكانه ما إذا شهدت إحداهما بمعاينة حوز الهبة دون استمراره وشهدت الأخرى باستمرارها بيد الواهب كما مرّ، وذلك لأن المعاينة تحصل بالوقوف على الأملاك والتطوف عليها وذلك بجامع استمرارها بيد الواهب.

٢٠٠ـ والشَّيْءُ يَدَّعِيهِ شَخْصَانِ مَعا ولا يدٌ ولا شَهِيدٌ يُدَّعىٰ

(والشيء) أصلاً كان أو حيواناً أو غيرهما (ويدعيه شخصان) مثلاً (معا) أي ادعى كل منهما جميعه أو ادعى أحدهما الكل والآخر النصف أو الثلث مثلاً، أو كانوا أكثر من شخصين فادعى أحدهم الكل والآخر النصف والآخر الثلث (ولا يد) لواحد منهما أو منهم (ولا شهيد) لواحد (يدعى) فيه.

٢٠١ـ يُقْسَمُ ما بَيْنَهُمَا بعد القَسَم وذاك حُكْم في التَّساوي مُلْتَزَم

(يقسم) خبر عن قوله والشيء ويدعيه ومعاً ولا يد ولا شهيد أحوال منه (ما) زائدة

(وإنما يكون ذاك) أي التعارض والمصير للترجيح بين البينتين (عندما لا يمكن الجمع) أي عند عدم إمكان الجمع (لنا بينهما) (خ): وإن أمكن جمع بين البينتين جمع والأرجح بسبب ملك كنسج ونتاج الخ. ابن عرفة: تقدر صور الجمع بمثل قولها من قال لرجل أسلمت إليك هذا الثوب في مائة إردب حنطة. وقال الآخر: بل هذين الثوبين لثوبين سواه في مائة إردب وأقاما جميعاً البينة لزمه أخذ الثلاثة الأثواب في مائتي إردب اهـ. (والشيء) أصلاً كان أو عرضاً أو حيواناً أو غير ذلك (يدعيه شخصان) مثلاً (معا) أي يدعي كل واحد منهما جميعه لنفسه (ولا يد) لواحد منهما عليه بأن يكون بيد ثالث لا يدعيه أو عفواً من الأرض (ولا شهيد) لواحد (يدعى) فيه (يقسم) هو خبر عن قوله: والشيء ويدعيه صفة له. ومعاً حال ولا يد ولا شهيد حالان أيضاً (ما) زائدة (بينهما) متعلق

(بينهما) يتعلق بالخبر وكذا **(بعد القسم)** أي يقسم بينهما بعد حلفهما ويقضي للحالف على الناكل، ومفهوم قوله: ولا يد أنه إذا كان بيد أحدهما فقط أنه لا يقسم بل القول الذي اليد كما يدل له قوله: والقول قول ذي يد منفرد الخ. وأفهم قوله يدعيه أن كلاً منهما يدعيه أو جزءاً معلوماً منه فإن ادعى كل منهما حظاً منه لا يدري قدره قسم بينهما نصفين لأن كلاً منهما مقر بالشركة والأصل فيها المناصفة، وسواء في هذه كان بيد أحدهما أو أيديهما أو لا يد عليه، وأطلق الناظم في القسم في هذه وبينه (خ) بقوله وقسم على الدعوى إن لم يكن بيد أحدهما كالعول في فريضة زادت سهامها على أصلها ففي الصورة الأولى يقسم بينهما نصفين، وفي الثانية على الثلث والثلثين وكيفية العمل فيه أن يزاد على الكل النصف ونسبته إلى الكل حين الزيادة الثلث فلمدعي الكل الثلثان، ولمدعي النصف الثلث، وفي الثالثة المسألة من ستة لأنها أقل عدد يشمل تلك المخارج وتعول بنصفها، وثلثها، فالمجموع أحد عشر فلمدعي الكل ستة ولذي النصف ثلاثة ولذي الثلث اثنان وهكذا. ومن هذا الأصل رجل أخرج مطمراً من فدان آخر زعم أن أباه طمر فيه خمسة عشر قفيزاً وأقام ورثة أخر بينة شهدت أن وليهم طمر في هذا الفدان لا يدرون أهي هذه المطمر أم غيرها، ووجد في المطمر أكثر من خمسة عشر قفيزاً فالحكم أن رب الأرض: إن لم يدع ذلك لنفسه واعترف أن الطعام لأحدهما ولا يدريه لكون كل منهما طمر في المكان المذكور أن تقسم الخمسة عشر قفيزاً بينهما بعد يمين كل منهما أنه لا يعلم للآخر حقاً في ذلك وما زاد على الخمسة عشر فهو لذي البينة، وإن قال رب الأرض لا أدري هل طمر أحدهما أو طمرا معاً كان الطعام لذي البينة بعد يمينه قاله في أقضية المعيار، وإذا تعارضت بينتان ولم يكن مرجح وتساقطتا فالحكم كذلك إذ لم يبق إلا مجرد الدعوى كما قال: **(وذاك)** أي قسمه بينهما بعد القسم **(حكم في التساوي ملتزم)** صفة حكم الذي هو خبر عن ذاك والمجرور يتعلق بتلك الصفة الخ. وذلك حكم ملتزم في التساوي.

٢٠٢- فـي بَـيِّـنـاتٍ أَوْ نُـكـولٍ أَوْ يَـدِ   والـقـولُ قَـوْلُ ذِي يَـدٍ مُـنْـفَـرِدِ

(في بينات) يتعلق بالتساوي كما ترى ومعلوم أنهما لا يتساويان إلا مع انتفاء المرجح **(أو)** التساوي في **(نكول)** بأن ينكلا معاً **(أو)** التساوي في **(يد)** بأن يكون تحت يدهما معاً أو لا يد عليه. وأو في المحلين بمعنى الواو فإن انفرد أحدهما بوضع اليد عليه كان له وحده مع يمينه كما قال:

(والقول) مبتدأ **(قول ذي يد)** خبر **(منفرد)** صفة ليد وإنما يكون القول لذي اليد المنفرد بها

بيقسم وكذا **(بعد القسم)** أي يقسم بينهما بعد أيمانهما، وهكذا إذا تعارضت البينات، ولم يكن مرجح فإنهما يسقطان ولا يبقى إلا الدعوى فيقسم بينهما بعد حلفهما ويقضي للحالف على الناكل في الوجهين وهو معنى قوله: **(وذاك)** أي قسمه بينهما بعد القسم **(حكم في التساوي ملتزم)** صفة لحكم، وفي التساوي متعلق به أي وذاك حكم ملتزم في التساوي **(في بينات)** بحيث لا يكون المرجح **(أو)** التساوي في **(نكول)** بأن ينكلا معاً **(أو)** في **(يد)** بأن يكون تحت أيديهما جميعاً فإن انفرد أحدهما بوضع اليد عليه كان له خاصة، وأشار بقوله: **(والقول قول ذي يد منفرد)** بها وليس للآخر

إن لم تكن للآخر بينة الملك وإلا قدمت على مجرد اليد كما قال:

٢٠٣ـ وهو لِمَنْ أقامَ فيهِ البَيِّنَة وحالَةُ الأعْدَلِ مِنْها بَيِّنَة

(وهو) مبتدأ وخبره **(لمن أقام فيه البينة)** مفعول بأقام والجملة صلة «من» والرابط الضمير الفاعل بأقام فإن أقام ذو اليد بينة بالملك أيضاً وتساوت البينات في المرجحات أو عدمها قضى به لذي اليد وإلا فإن كانت إحداهما أرجح بشيء من المرجحات المتقدمة قضى بها كما قال: **(وحالة الأعدل)** مبتدأ **(منها)** أي البينات يتعلق بالأعدل **(بينة)** ظاهرة في اعتبار الترجيح بها ولا مفهوم للأعدلية بل غيرها من المرجحات كذلك كما مرّ، فلو أبدل الأعدل بالأرجح لشمل ذلك، وانظر بسط هذه المسألة في الشامل اهـ. والله أعلم.

باب اليمين

المتوجهة بحكم حاكم أو محكم على طالب أو مطلوب أو عليهما مع الشاهد أو الشاهدين أو دونهما لا بمجرد طلب الخصم تحليفه، فلا يلزمه الحلف له كما أفاده قول الناظم بالقضاء، فيفهم منه أن المراد اليمين التي تقطع الحقوق لأنها التي يقضي بها وهي بالله الذي لا إله إلا هو كما يأتي في قوله: وبالله يكون الحلف لا اليمين التي تكفر كقول (خ) اليمين تحقيق ما لم يجب. **(وما يتعلق بها)** من مكانها وزمانها وبيان صفتها وأقسامها.

بينة بالملك، وإلاَّ قدمت على الحوز كما قال: **(وهو لمن أقام فيه البينة)** فإن أقام صاحب اليد بينة أيضاً فإن كانت أعدل أو تساوت البينات قضى لصاحب اليد وإلا قضى للآخر كما أفهمه قوله: **(وحالة الأعدل منها)** أي من البينات **(بينه)** وكذا سائر المرجحات فلا مفهوم للأعدلية (خ): والأرجح بسبب ملك كنسج ونتاج إلا بملك من المقاسم أو تاريخ أو تقدمه وبمزيد عدالة لا عدد وبشاهدين على شاهد ويمين أو امرأتين وبيد إن لم ترجح بينة تقابله فيحلف، وبالملك على الحوز وينقل على مستصحبة.

تنبيه: لمفهوم قوله يدعيه الخ شيئان، أحدهما: أن يتفقا على أن لكل واحد منهما فيه حظاً لكنهما يجهلانه، والحكم أن الشيء يقسم بينهما نصفين كما هو الأصل في الشركة قاله ابن لب. الثاني: أن يدعيه أحدهما ويدعي الآخر نصفه، فإن لم يكن بيد واحد منهما قسم على الدعوى اتفاقاً وإن كان بيدهما معاً فقيل كذلك أي يقسم على الدعوى أيضاً وهو المشهور. وقال أشهب وسحنون: يقسم بينهما نصفين وحيث قيل يقسم على الدعوى فقيل كالعول أي فيضرب لمدعي الكل باثنين ومدعي النصف بواحد ويقسم على الثلث والثلثين وهو المشهور (خ): وقسم على الدعوى إن لم يكن بيد أحدهما كالعول، وقيل على الدعوى والتسليم، فيكون لمدعي الكل ثلاثة أرباع لأن النصف يسلمه له صاحبه والنصف الآخر هو محل النزاع فيقسم بينهما والله أعلم وأحكم.

باب اليمين

السابق ذكرها الواجب على المطلوب أو الطالب أو عليهما مع الشاهد أو الشاهدين أو دونهما، وهي بالله الذي لا إله إلا هو على ما يأتي في قوله: وبالله يكون الحلف **(وما يتعلق بها)** من مكانها

٢٠٤ـ فِي رُبْعِ دِينارٍ فأَعْلَى تُقْتَضَى   فِي مَسْجِدِ الجمعِ اليَمِينُ بالقَضَا

(في ربع دينار) أو ثلاثة دراهم أو عرض يساوي أحدهما لشخص واحد ولو على اثنين متفاوضين فيه لأن كلاً وكيل عن الآخر، وانظر أقضية المعيار في كيفية حلف ورثته المتفاوضين، وانظر فيها أيضاً فيمن حلف بالطلاق لا يحلف بالمسجد هل يحنث أم لا. لا لشخصين ولو متفاوضين (فأعلى) أي فأكثر منه معطوف على ما قبله والمجرور يتعلق بقوله: (تقتضى) بالبناء للمفعول (في مسجد الجمع) أي الذي تقام فيه الجمعة يتعلق به أيضاً (اليمين) نائب فاعله (بالقضا) أي الحكم في محل نصب على الحال أي حال كون اليمين واجبة بالقضاء، وفهم منه أنه في أقل من ربع دينار يحلف حيث تيسر له كما يأتي، وأنه إن أبى أن يحلف في المسجد المذكور عد ناكلاً وأنها لا تغلظ بالزمان ككونها بعد العصر أو يوم الجمعة أو ليلة السابع والعشرين من رمضان وهو كذلك، وقيل تغلظ بالزمان أيضاً. قلت: وقولهم إن طلب رب الحق أن يحلفه بمسجد غير الجامع لكونهم يعظمونه، أو أن يحلفه على المصحف أو سورة براءة أو قد سمع أو أضرحة المشايخ. أجيب: وكذا بالطلاق حيث كان لا يرجع عن الباطل إلا بذلك كما في (ز) وغيره. ويقتضي أن تغلظ بالزمن أيضاً بالأحرى من الطلاق حيث رجى الإرهاب ارتكاباً لأخف الضررين، وظاهر كلامهم أنه إذا امتنع من الحلف بالطلاق والمصحف ونحوهما عد ناكلاً إذ لا فائدة لجبره على ذلك إلاّ ذاك، وظاهر النظم أنه في أي موضع من الجامع حلف كفى وهو ظاهر (خ) أيضاً. وبه قرر شراحه وصرح به في الشامل فقال: ولا تغلظ بمنبر على الأصح إلا بمنبره عليه السلام، ولكن العمل على اقتضاء الأيمان بين المنبر والمحراب كان منبر النبي ﷺ أو غيره كما أفاده قول المدونة يحلف في جامع بلده في أعظم مواضعه الخ. فإن أبى أن يحلف فيه غرم بعد أن يحلف الطالب في المحل المذكور حيث كانت دعوى تحقيق وإلاّ فبمجرد النكول، فإن لم يكن لهم جامع جلبوا إلى الجامع الذي على قدر مسافة الجمعة من منازلهم لأنهم ممن لهم جامع

وزمانها وبيان صفاتها وأقسامها ولم يرد اليمين التي تكفر كقول (خ): اليمين تحقيق ما لم يجب بذكر اسم الله أو صفته كبالله والعزيز وعظمته الخ. ولا ما هو أعم كقول ابن عرفة: اليمين قسم أو التزام مندوب غير مقصود به القربة، أو ما يجب بإنشاء لا يفتقر إلى قبول معلق بأمر مقصود عدمه اهـ. فالقسم كقولك: والله لا فعلت أو لأفعلن والتزام مندوب الخ. كقولك: علي صوم أو صدقة أو حج لا كلمت زيداً والتزام ما يجب الخ. كأن دخلت الدار فأنت طالق (في ربع دينار) أو ثلاثة دراهم أو ما يساوي أحدهما (فأعلى تقتضى في مسجد الجمع) أي الذي تقام فيه الجمعة (اليمين بالقضا) أي بالحكم فيجبر من توجهت عليه على ذلك؛ فإن أبى أن يحلف فيه عد ناكلاً فإن سأل المحلف غير الجامع من مسجد آخر يعظمونه لذلك كجامع الشوك عندنا. أجيب: قاله ابن ناجي لأن القصد من اليمين هو الإرهاب، وظاهره في أي موضع من الجامع حلف كفى، وفي المدونة: يحلف في جامع بلده في أعظم مواضعه. قال الشارح: وأكثر موثقي الزمان يحلفون حيث تأتى لهم، ولا أعلم مستندهم والغالب على الظن أنه جهل منهم بالفقه اهـ. زاد في المدونة: ولا يعرف مالك اليمين عند المنبر إلا منبر النبي ﷺ في ربع دينار. قال أبو إبراهيم: فيه إشارة إلى أن الجامع كله سواء وهي رواية في المذهب اهـ. وقال ابن عبد السلام: ظاهره أن الجامع كله سواء وهي رواية في

حكماً وإلاّ حلفوا حيث هم ثم إن التغليظ بالجامع من حق الخصم فإذا رضي أن يحلفه بغير مسجد فله ذلك. وانظر لو حلفه في غير الجامع جهلاً أو في غير المنبر، والجاري على ما يأتي في القيام أنها لا تجزئه حيث كان الطالب ممن يجهل تغليظها بذلك والله أعلم. كما أنه إذا حلفها في الجامع بغير حضرة الخصم بل بحضرة عدلين فقط لا تجزئه ويعيدها بحضرته ومحل عدم الإجزاء إذا لم يتغيب عنها بعد الحكم له بها، وإلاّ أقام له القاضي وكيلاً يقتضيها ولا حجة له حينئذ، ويفهم هذا من قوله فيما مرّ. ومن ألد في الخصام وانتهج الخ. إذ لا يحكم له باليمين حتى تنقطع حجته فينفذ الحاكم حكمه باقتضاء تلك اليمين لتسقط دعواه عن الخصم، وانظر (ح) في القضاء، وإذا طلب أحد الخصمين تعجيل اليمين وطلب الآخر تأخيرها، فالقول لطالب التعجيل ما لم يطلب تأخيرها لوقت تغلظ فيه على ما مرّ.

٢٠٥ـ ومـا لَـهُ بـالٌ فـفـيـهِ يَـخْـرُجُ ... إلـيْـهِ لَـيْـلاً غـيـرُ مَـنْ تَـبـرَّجُ

(**وما له بال**) مبتدأ وخبر والجملة صلة ما، والمراد به ربع دينار فأكثر، ولذا لو قال وإن تكن أنثى (**ففيه**) أي في ربع دينار (**تخرج إليه**) أي إلى الجامع (**ليلاً غير**) فاعل تخرج والمجروران قبله وبعده يتعلقان به وكذلك الظرف والجملة خبر الموصول ولعمومه وإبهامه دخلت الفاء في خبره (**من**) أي الأنثى في محل جر بالإضافة (**تبرج**) بفتح التاء وشد الراء صلة «من» وأصله تتبرج فحذفت إحدى التاءين عملاً بقول الخلاصة: وما بتاءين ابتدى قد يقتصر فيه على الخ. ومعناه أن غير المتبرجة وهي التي عادتها أن لا تخرج لمصالحها من حمام وغيره إلاّ ليلاً أو تخرج لها نهاراً غير مشتهرة فإنها تخرج للحلف طالبة أو مطلوبة ليلاً وتحلف بحضرة الخصم، فإن أبت هي وزوجها من حضوره خشية الاطلاع عليها فإنه يبعد عنها أقصى المسجد بقدر ما يسمع لفظ يمينها قاله ابن عبد السلام. فإذا ادعى الخصم عدم معرفتها فعليها أن تثبت أنها المطلوبة، وقيل حسبها أن تقول أنا هي وعليه الإثبات، والأول أصوب قاله في التبصرة عن ابن الهندي،

المذهب إلا منبر مسجد المدينة ومنهم من تأوله اهـ. وفي المعونة: لا تجب اليمين عند مالك رحمه الله عند المنبر إلا في نصاب الزكاة عشرين مثقالاً أو قيمتها من الورق، وأبو حنيفة لا يوجبها على حال اهـ. من المفيد. لكن العمل على اقتضاء الأيمان بين المنبر والمحراب كما فهم الشارح واقتضاه قولها في أعظم مواضعه، فإن لم يكن لهم جامع فقال أبو الحسن: يحلفون حيث هم وأفتى التازغدري يجلبون إلى الجامع على قدر مسافة الجمعة، ثم إن كان الحالف رجلاً فواضح، وإن كانت امرأة خرجت للجامع وحلفت فيه إلا التي لا تخرج نهاراً فلتخرج ليلاً كما قال: (**وما له بال**) وفسره اللخمي هنا بالدينار فأكثر قال في التوضيح: وظاهر ابن الحاجب أنها تخرج في ربع دينار قال المازري: وهو المشهور، وقول مطرف وابن الماجشون اهـ. فيحمل الناظم عليه، ولو قال: وإن تكن أنثى (**ففيه**) أي في ربع دينار (**تخرج إليه**) أي إلى الجامع (**ليلاً غير**) بالرفع فاعل تخرج (**من تبرج**) بفتح التاء وشد الراء وأصله تتبرج فحذفت إحدى التاءين، وأصل التبرج إظهار الزينة، والمراد هنا من لا تخرج في حوائجها مشتهرة، قال في التهذيب: وتخرج المرأة فيما له بال من الحقوق فتحلف في المسجد فإن كانت ممن لا تخرج نهاراً فلتخرج ليلاً وتحلف في اليسير ببيتها (خ): وخرجت المخدرة فيما ادعت أو ادعي عليها إلا التي لا تخرج نهاراً وإن مستولدة قليلاً وتحلف في أقل ببيتها

ومفهومه: أن المتبرجة تخرج لها نهاراً وأما التي لا تخرج لا ليلاً ولا نهاراً فتحلف في بيتها بحضرة عدلين يوجههما القاضي لها ولا يقضي للخصم بحضوره معها قاله (ز). قال: فتستثنى هذه الصورة من قولهم لا بد من حضور الطالب لليمين وإلا أعيدت، وفي الشهادات من البرزلي أنه يبعد عنها أقصى ما يسمع صوتها ولا يرى شخصها كالتي قبلها. ونقله (ح) في القضاء فتأمل هذه الأقسام الثلاثة من لا تخرج إلا ليلاً أو تخرج نهاراً غير مشتهرة ومن تخرج به مشتهرة ومن لا تخرج أصلاً. وما مر من أنها في هذا القسم الثالث تحلف في بيتها هو الأظهر عند عياض، واقتصر عليه عبد الوهاب وهو المعتمد، وذهب الأندلسيون إلى أنها تخرج ليلاً أيضاً، والمدونة محتملة للقولين، والأول هو ظاهر قول (خ) وخرجت المخدرة فيما ادعت أو ادعى عليها إلا التي لا تخرج نهاراً وإن مستولدة قليلاً الخ. ومحل القولين فيما إذا كانت مطلوبة وإلا فإن كانت طالبة كما لو أرادت الحلف مع شاهدها خرجت ليلاً قاله (ت) وقول ابن العطار حسبما في القلشاني على الرسالة معنى قولهم: لا يخرجن أي لا يخرجن مشتهرات. وإلاَّ فالتي تخرج غير مشتهرة حكمها حكم من لا تخرج ألبتة الخ. معناه حكمها حكم من لا تخرج بالنهار ألبتة كما فهمه الأجهوري أي فيلزمها الخروج ليلاً كما مر، وليس معناه حكمها حكم من لا تخرج أصلاً لا ليلاً ولا نهاراً كما قيل: لأنه يكون الراجح فيها حينئذ أن تحلف في بيتها كما مرَّ، ويلزم عليه أن لا تخرج إلا ليلاً تحلف في بيتها من باب أولى لأنها أبلغ في الستر فتأمله والله أعلم. وعلى هذا يحمل قول ابن رشد وعندي في خروج المرأة إلى الجامع بالنهار كشف لها ولحالها وإن كانت تخرج بالنهار لأنها إذا خرجت للحلف عرف أنها فلانة بخلاف ما إذا خرجت لغير ذلك، وقد أخبرني بعض الفقهاء أنها وقعت بتونس وأنه وجد فيها نصاً اهـ. لكن كلامه ظاهر في أنه في التي تخرج بالنهار غير مشتهرة كما مرّ عن الأجهوري، وأما التي تخرج به

الأجهوري، ويفهم من كلامه أن التي لا تخرج أصلاً تحلف ببيتها وجزم به الزرقاني أيضاً، وهو الراجح من قولين حكاهما عياض، وقيل: تخرج ليلاً ومحلهما فيما إذا كانت مطلوبة، وإلاَّ خرجت ليلاً. قال الأجهوري: والمراد بمن لا تخرج نهاراً من لا تخرج نهاراً مشتهرة فيمن تخرج به غير مشتهرة حكمها حكم من لا تخرج به كما يفيده قول أبي حفص العطار معنى قولهم: لا يخرجن أي لا يخرجن مشتهرات، وأما التي تخرج غير مشتهرة فحكمها حكم من لا تخرج البتة. نقله القلشاني في شرح ابن الحاجب عن شيخه الغبريني عنه اهـ. فتلخص من كلامه ثلاثة أقسام، ومثله لابن عمر في شرح الرسالة قال: المرأة التي تخرج في مصالحها نهاراً تخرج لليمين التي تغلظ نهاراً والتي لا تخرج إلا ليلاً تخرج لليمين ليلاً، والتي لا تخرج نهاراً ولا ليلاً يبعث إليها القاضي شاهدين يشهدان على يمينها اهـ. وقول الأجهوري: حكمها حكم من لا تخرج به. صوابه: من لا تخرج أصلاً كما هو نص أبي خفص، وفي ابن عبد السلام ما نصه، قال القاضي عبد الوهاب: وإذا كانت المرأة من أهل الشرف والقدر جاز أن يبعث الحاكم إليها من يحلفها صيانة لها ولا مقال للخصم في ذلك، لأن الذي أحلفها ليس له ابتذالها اهـ. وظاهر ابن فرحون في تبصرته عن ابن راشد، وعندي في إخراج المرأة إلى الجامع نهاراً كشف لها ولحالها وإن كانت تخرج بالنهار لأنها إذا خرجت للحلف علم أنها فلانة بخلاف ما إذا خرجت لغير ذلك، وقد أخبرني بعض الفقهاء أنها

مشتهرة فلا تأتي فيها علته المذكورة والله أعلم. فإن تنازعا في الخروج فعليها الإثبات أنها من أهل الحجاب، وأنها ممن يحلف ليلاً كما في التبصرة عن المتيطية.

٢٠٦ـ وقَـائِـمـاً مُـسْـتَـقْـبِـلاً يـكُـونُ   مَـنِ اسْـتُـحِـقَّـتْ عِـنْـدهُ الـيَـمِـيـنُ

(وقائماً مستقبلاً يكون من استحقت) بالبناء للمفعول صلة الموصول الذي هو اسم يكون وما قبلها خبرها (عنده) يتعلق بما قبله (اليمين) نائب الفاعل وأل للعهد والمعهود اليمين المتقدمة، أما القيام فلا بد منه فإن حلف جالساً أو مضطجعاً أو منحنياً لغير عذر لم تجزه على المشهور خلافاً لابن كنانة في عدم اشتراطه القيام، والظاهر أن محل الإجزاء إذا كان جاهلاً بأنها تغلظ بما ذكروا لا أجزأت لأنه قد رضي حينئذ بإسقاط حقه من التغليظ بذلك، وانظر إذا قلنا بعدم الإجزاء هل يعيدها مطلقاً أو بالقرب فقط كمسألة من حلف لخصمه بالطلاق تغليظاً عليه المشار لها بقول اللامية. ومن يحلف بلا من له العلا أعاد بقرب الخ. وأما الاستقبال فصرح في المدونة بأنه لا يجب، وعليه عول (خ) فقال: وبالقيام لا بالاستقبال، وروى الأخوان وجوبه لأنه يحصل الإرهاب، وعليه عول الناظم لكونه المعمول به كما في المفيد وابن سلمون وغيرهما. وهذا حيث وجبت اليمين في الجامع، فإن لم تجب فيه لكون الحق أقل من ربع دينار لم يجب قيام ولا استقبال بل يحلف في أي موضع حكم عليه فيه كما يأتي.

تنبيه: إذا لم تجزه اليمين لعدم قيامه أو استقباله وقطع رب الحق عن رضاه باليمين وأراد إقامة البينة فله ذلك على ما لابن عتاب لا على ما لابن رشد كما مرّ في أنواع الشهادات، وأحرى أن يكون له ذلك لو بادر خصمه قبل أن يطلب منه.

٢٠٧ـ وهـيَ وإنْ تَـعَـدَّدَتْ فـي الأَعْـرَافِ   عـلـى وِفَـاقِ نِـيَّـةِ الـمُـسْـتَـحْـلِـفِ

(وهي) أي اليمين التي تقطع بها الحقوق ويحكم بها الحكام (وإن تعددت) أي تنوعت إلى يمين تهمة وقضاء ومنكر وشاهد (في) القول (الأعرف) وهو قول الأكثر (على وفاق نية المستحلف) خبر عن قوله هي والمجرور قبله يتعلق بالاستقرار في الخبر المذكور والواو في قوله:

وقعت بتونس وأنه وجد فيها نصاً، والنص هو ما ذكر عن ابن العطار: (وقائماً مستقبلاً يكون من استحق عنده اليمين) أل للعهد، والمعنى أن من وجبت عليه اليمين في الجامع يحلفها قائماً مستقبلاً، ومثله في ابن الحاجب، أما القيام فيجب بلا نزاع وهو نص العتبية وغيرها، وأما الاستقبال ففي المدونة وليس عليه أن يستقبل به القبلة (خ) وبالقيام لا بالاستقبال، وروى الأخوان مستقبلاً، واقتصر عليه الناظم لأنه المعمول به. قال في المفيد: ويحلف الحالف قائماً متوجه القبلة، وبه العمل على ما رواه مطرف وابن الماجشون. وفي رواية ابن القاسم: يحلف كيفَ ما تيسر عليه وليس به عمل اهـ. ونحوه لابن سلمون.

(وهي) أي اليمين الواجبة بالشرع ويجري القضاء بها بين يدي الحكام (وإن تعددت) أي تنوعت إلى يمين تهمة ويمين قضاء وشاهد ومنكر (في) القول (الأعرف) وهو قول الأكثر فهي كلها (على وفاق نية المستحلف) أي الطالب للحلف وهو المحلوف له، فإذا أنكره في دين أو وديعة وحلف لا شيء عنده، ونوى حاضراً لم ينفعه ذلك، ولو طلب المدين التأخير بما عليه وحلف ليقضينه إلى

وإن للحال وهو مقدم من تأخير والتقدير وهي كائنة على وفق نية الطالب في القول الأعرف، وإن تعددت فإذا أنكره في دين أو وديعة مثلاً وحلف لا شيء له عندي ونوى حاضراً أو في الدار مثلاً لم ينفعه ذلك بإجماع كما في ابن سلمون عن ابن رشد قال: وهو آثم عاص لقوله عليه السلام: «من اقتطع حق امرىء بيمينه حرم الله عليه الجنة وأوجب له النار». قالوا: وإن كان شيئاً يسيراً يا رسول الله؟ قال: «وإن كان قضيباً من أراك» قالها ثلاثاً. وهذه هي الغموس المشار لها بقول (خ) وغموس: بأن ظن أو شك وأحرى مع التحقق وما تقدم من الإجماع حكاه في ضيح عن ابن زرقون أيضاً. وحكى العلامة بهرام في الوسيط عن ابن زرقون قولاً بأنها تنفعه نيته فإليك النظر في أي النقلين أحق، وأما إن لم يقطع بها لغيره حقاً. فأقول فقيل على نية الحالف، وقيل إن طلب باليمين فعلى نية المحلوف له، وإن كان متطوعاً فعلى نية الحالف وقيل بالعكس انظر (ح) والشامل في باب اليمين.

٢٠٨ـ وَمَا يَقِلُّ حَيْثُ كَانَ يَحْلِفُ فِيهِ وَبِاللهِ يَكُونُ الْحَلِفُ

(وما) مبتدأ **(يقل)** عن ربع دينار صلته **(حيث كان)** الحالف **(يحلف فيه)** خبر المبتدأ والظرف يتعلق به أي يحلف الرجل في مكانه المقضى عليه فيه والمرأة في بيتها، وظاهره أنه لا يلزمه قيام ولا استقبال وهو كذلك كما في التبصرة وأشار لبقية صفة اليمين بقوله: **(وبالله يكون الحلف)** أي صفة اليمين المغلظة أن يقول في الجامع قائماً مستقبلاً: بالله الذي لا إله إلا هو ويكون مضارع كان التامة وتقديم معمولها يؤذن بالحصر أي يوجد الحلف بالله لا بغيره من أسمائه تعالى كقوله: بالرحمن الذي لا إله إلا هو ولا بغير أسمائه تعالى كالنبي والكعبة والعرش والكرسي وكل مخلوق معظم شرعاً وأحرى غير المعظم كاللات والعزى فلا توجد ولا تنعقد، بل يحرم الحلف بها فضلاً عن كونها تقطع الحقوق لقوله عليه الصلاة والسلام: «من كان حالفاً

أجل كذا، فهي على نية المحلف ومقابل الأعرف حكاه العلامة بهرام عن ابن القاسم، ومعناه والله أعلم في سقوط إثم الغموس وكفارة ما يكفر كنيته في المثال ليقضينه إلى أجل كذا إن تصدق به علي، أما إثم المطل والحجر فلا يسقط. قال الحطاب: وحكى صاحب المقدمات وابن زرقون الإجماع على أن النية لا تنفع إذا اقتطع باليمين حقاً لغيره للحديث الصحيح: «من اقتطع حق امرىء مسلم بيمينه حرم الله عليه الجنة وأوجب له النار» قالوا: وإن كان شيئاً يسيراً يا رسول الله؟ قال: «وإن كان قضيباً من أراك» قالها ثلاثاً اهـ. فإن لم تكن اليمين في وثيقة حق فإن كانت بالله فعلى نية الحالف، وإن كانت بغيره كطلاق أو عتق فقيل: على نية الحالف، وقيل: على نية المحلف، وقيل: إن طاع بها فعلى نيته، وإن طلبت منه فعلى نية المستحلف قال في البيان: وعليه الأكثر ورجحه ابن ميسر. وقال: إنه الأجود، قال الحطاب: وظاهر (خ) أنها على نية الحالف مطلقاً ثم أشار لمفهوم قوله في ربع دينار فأعلى فقال: **(وما يقل)** عن ربع دينار **(حيث كان)** الحالف **(يحلف فيه)** قال ابن يونس: وإن لم يبلغ الحق ربع دينار حلفوا جلوساً إن أحبوا ويحلف الرجل في مكانه الذي قضى عليه فيه، والمرأة في بيتها ولا تخرج في ذلك اهـ. وأشار إلى صفة اليمين بقوله: **(وبالله يكون الحلف)** يعني أن اليمين حيثما وجبت وقضى بها في حق من الحقوق فهي بالله الذي لا إله إلا هو، قال في

فليحلف بالله أو ليصمت»، بل إن قصد بالحلف بالعزى ونحوها التعظيم فكفر وما مرّ من جواز التحليف بالطلاق هو من باب قولهم تحدث للناس أقضية، وحينئذ فلا ينافي هذا ما أشار له في اللامية بقوله: ومن يحلف بلا من له العلا أعاد بقرب لكون ما هنا فيما إذا كان بحكم لكون الحالف لا ينزجر إلا به فكانت يميناً جازية في القرب والبعد بخلاف ما في اللامية فإنه ليس من الباب المذكور لكون الحالف ممن ينزجر باليمين بالله ولم تكن بحكم. هذا هو الظاهر والله أعلم على أن ما ذكره في اللامية أصله لابن سهل. قال ابن رحال في حاشيته: هنا ما لابن سهل. إنما هو من باب إسقاط الإنسان حقه إن كان عالماً فلا إشكال وإلا فهو مفرط في السؤال اهـ. وتأمل قوله: وإلا فهو مفرط الخ. مع أن من ادعى الجهل فيما يجهله أبناء جنسه صدق، وقول الناظم: بالله يعني مع صفته فهو من باب الاقتصار على صدر القول لشهرته كقوله عليه الصلاة والسلام: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إلٰه إلا الله» يعني بآخرها وهو محمد رسول الله، وقوله: من قرأ الحمد لله رب العالمين يريد إلى آخرها وإنما قلنا ذلك لأن المعروف في المذهب المنصوص كما للمازري وغيره أنه لا يكفي بالله فقط ولا بالذي لا إلٰه إلا هو فقط حتى يجمع بينهما خلافاً للخمي في قوله: إنها كافية في الوجهين معاً. قال: لأنه لا خلاف أنها يمين تكفر إن حنث فيها. ابن عرفة: لا يلزم من كونها تكفر أن تجزي في قطع الحقوق لاختصاص يمين الخصومة بالتغليظ، ولا مفهوم للباء في قوله بالله بل غيرها من حروف القسم كالواو والتاء ونحوهما كذلك انظر (ح) ثم إن الاقتصار على بالله مع صفته ولو كان الحالف كتابياً هو المشهور، وقيل لا يقتصر الكتاني على ذلك كما قال:

المقرب، قال سحنون: قلت لابن القاسم: كيف يستحلف المدعى عليه؟ قال: بالله الذي لا إله إلا هو لا يزيد على هذا. وقال اللخمي: للأيمان صفة يحلف بها، ومواضع يحلف فيها، ووقت يختص ببعضها، فالأيمان في الأموال وما أشبهها بالله الذي لا إله إلا هو. واختلف فيما إذا قال: والله ولم يزد، أو قال والذي لا إله إلا هو. فالذي يقتضيه قول مالك، أنها يمين جازية ولا تعاد عليه اليمين في الوجهين، وقال أشهب: لا تجزيه اليمين في الوجهين جميعاً. قال المازري: والمعروف في المذهب المنصوص أنه لا يكفي بالله فقط ولا بالذي لا إله إلا هو حتى يجمع بينهما حكاه في التوضيح. قال اللخمي: وأرى أن تجزيه اليمين في الوجهين جميعاً لأنه لا خلاف فيها أنها يمين منعقدة تلزم فيها الكفارة متى حنث، فإذا كان كذلك أجزأته اليمين بذلك، قال الشارح: وما زلت أستشكله وأقصر عن البحث معه حتى وقفت على قول ابن عرفة عقبه ما نصه. قلت: لا يلزم من أنها يمين تكفر أن تجزىء في الحقوق لاختصاص يمين الخصومة بالتغليظ اهـ. وما قاله ابن عرفة واضح لا إشكال فيه اهـ. قال (م): واقتصار الناظم على اسم الجلالة كأنه على قول اللخمي به وتبع في هذا اليزناسي وفيه نظر، فإن كلام اللخمي فيما بعد الوقوع والنزول وكلامنا فيما يطلب من الحالف ابتداء، واللخمي مصرح بأنه لا بد من الجميع، وإنما الجواب ما أشرنا له من الاقتصار على صدر القول للشهرة كما في قرأت الحمد لله رب العالمين، وأمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا: لا إله إلا الله. ومن كان آخر كلامه لا إله إلا الله أي بآخرها وهو محمد رسول الله كما قاله ابن حجر وغيره.

فرع: من اشترى شيئاً ووهبه فأنكر البائع البيع وقام به شاهد فاليمين معه على الموهوب لا على

٢٠٩ـ وَبَعْضُهُمْ يَزِيدُ لِلْيَهُودِي مُنَزِّلَ التَّوْرَاةِ لِلتَّشْدِيدِ

(وبعضهم) مبتدأ (يزيد لليهودي) في يمينه على بالله الذي لا إلٰه إلا هو (منزل التوراة) على موسى (للتشديد) عليه ومنزل مفعول يزيد والجملة خبر.

٢١٠ـ كَمَا يَزِيدُ فِيهِ لِلتَّثْقِيلِ عَلَى النَّصَارَى مُنْزِلَ الإِنْجِيلِ

(كما يزيد) البعض المذكور (فيه) أي في اليمين (للتثقيل على النصارى منزل الإنجيل) على عيسى والقول بزيادة ما ذكر رواه الواقدي عن مالك. وكان القاضي أبو عبد الله الأبدي يغلظ بالتوراة التي تسميها اليهود المجلجلة فينكلون عن اليمين بها ويستخرج الحق بسبب ذلك لكونهم يعظمونها أكثر من غيرها، وكذا يقال في النصارى إذا كانوا يعظمون بعض أناجيلهم أكثر من غيره، وهذا هو الحق لأن المدار في الأيمان على ما يعظمه الحالف فيحمل الخلاف على ما إذا كان اليهود والنصارى لا يرتهبون بالزيادة المذكورة وإلاَّ وجبت، كما أن أهل البلد من المسلمين إذا كانوا يعظمون مسجد من مساجدهم أكثر مما يعظمون جامعهم فإنهم يجبرون على الحلف به كما لابن ناجي وغيره، ومن أبى ذلك عد ناكلاً كما مر، بل تقدم أنه إذا كان لا يرتهب إلا بالطلاق أو بالمصحف كلفه الحاكم بذلك والله أعلم وما مر من أنهما لا يزيدان على الموصوف والصفة شيئاً وإنهما لا بد أن يجمعا بينهما كالمسلم هو ظاهر المدونة (خ) وتؤولت على أن النصراني يقول بالله فقط أي لأنهم لا يوحدون كاليهود وعلى أنهما معاً يقولان بالله لا غير والكاف للتشبيه وأما مصدرية والمجرورات الثلاث تتعلق بيزيد وهل يجمع المجوسي بين الصفة والموصوف كالمسلم والكتابي أو يقتصر على بالله؟ قولان. أرجحهما الثاني ولا يكون واحد منهم مؤمناً بسبب اليمين المذكورة، وما يقال من أن المجوسي ينفي الصانع فلا يكلف أن يحلف بالله غير سديد لأن الصانع مما اتفقت فيه الملل كلها على وجوده كما للتفتازاني وغيره.

المشتري لأنه يقول: لا أحلف ليستحق غيري قاله أبو الحسن، ولابن الحاج في مسائله نزلت عند ابن حمدين رجل أقر في دين أنه لا حق له فيه مع فلان، وتوجهت يمين القضاء فأفتيت بأن يحلف المقر له لأنه صاحب الدين، وقال ابن حمدين وأصبغ بن محمد: يحلف المقر لا غير، وقال ابن رشد: إن كان وهب الدين فإنه يحلف الواهب وإن أقر أنه لفلان دونه ولم تكن هبة فإنه يحلف المقر والمقر له جميعاً صح من ابن سلمون.

(وبعضهم) أي بعض أهل المذهب (يزيد لليهودي) في يمينه على بالله الذي لا إله إلا هو (منزل التوراة) على موسى (للتشديد كما يزيد) البعض (فيه للتثقيل على النصارى منزل الإنجيل) على عيسى. ورواه الواقدي عن مالك، والمشهور الأول وتؤولت المدونة على أن النصراني يقول بالله فقط لأنهم لا يوحدون بخلاف اليهود، وعلى أنهما معاً إنما يقولان بالله. قال في التوضيح: وهي تأويلات على قولها ولا يحلف اليهودي ولا النصراني في حق أو لعان أو غيره إلا بالله، ولا يزاد عليه الذي أنزل التوراة أو الإنجيل اهـ. فقيل: معناه يحلفان بالله كغيرهما، ولا يكلفان هذه الزيادة. وقيل: لا يزيدان على بالله أصلاً، وقيل لا يزيد النصراني. وقال محمد في مجوسية قالت: أقول والنار ولا أقول بالله. قال: لا تحلف إلا بالله.

٢١١ـ وَجُمْلَةُ الكُفَّارِ يَحْلِفُونَا أَيْمَانَهُمْ حَيْثُ يُعَظِّمُونَا

(**وجملة الكفار**) من اليهود والنصارى والمجوس وغيرهم (**يحلفونا أيمانهم**) الواجبة عليهم لمسلم أو كافر (**حيث يعظمونا**) من الأمكنة كالكنيسة لليهودي والبيعة للنصراني وبيت النار للمجوسي، ومن ذلك يوم السبت كما في الدعاوى والأيمان من المعيار ونحوه لابن هلال في نوازله، وهو ظاهر النظم، وظاهره أنهم يجبرون على القيام والاستقبال لقبلتهم ومن كان منهم بالبادية لا يجد موضعاً يعظمه يجلب لأقرب موضع يعظمه، وإلاَّ حلف حيث هو وأنها لا تغلظ عليه بذلك إلا في ربع دينار فأكثر وجملة يحلفون خبر عن قوله جملة والظرف يتعلق به وجملة يعظمون في محل جر بحيث. ولما أفهم كلامه فيما مر أن التغليظ بالزمان غير معتبر أفاد أنه قد يغلظ به في بعض الحقوق فقال:

٢١٢ـ وَمَا كَمِثْلِ الدَّمِ وَاللِّعَانِ فِيهِ تَحَرِّي الْوَقْتِ والْمَكَانِ

(**وما**) كان من الأيمان في الحقوق العظام (**كمثل الدم**) أي القسامة أو تحليف القاتل الولي على العفو (**واللعان فيه**) خبر عن قوله (**تحري الوقت**) والجملة خبر ما، وظاهره أن التغليظ بالوقت في هذين واجب بالقضاء لمن طلبه، وحكي عليه في الشامل الاتفاق فقال: وغلظت على مسلم في دم ولعان بجامع ووقت صلاة اتفاقاً ونحوه في ضيح، ونقل ابن عرفة ذلك عن ابن حبيب، وابن القاسم وأصبغ وابن كنانة إلا أنه ألحق في رواية ابن كنانة المال العظيم بهما ونحوه في الجواهر، وظاهر المدونة عدم التغليظ بالزمان فيهما كما لابن ناجي، والذي في المعونة أن التغليظ بالزمان فيهما مستحب ونحوه لابن فرحون في تبصرته عن مالك في غير المدونة وهو الموافق لقول (خ) في اللعان، وندب أثر صلاة، وذكر ابن ناجي في شرح المدونة عن ابن رشد، أن كون القسامة بعد صلاة العصر يوم الجمعة كما قيل: هو الذي به العمل قال ابن رحال: واللعان مثلها كما لا يخفى وظاهر ما به العمل أنه على وجه الوجوب كما هو ظاهر النقل يعني المتقدم عن ابن كنانة وغيره فيتحصل ثلاثة أقوال: وجوب التغليظ كما هو ظاهر المصنف وبه العمل وعدمه لظاهر المدونة وهو ظاهر (خ) في مختصره في الشهادات واستحبابه كما في المعونة وعليه عول (خ) في اللعان، وإنما خصوا العصر بما ذكر لما روي أن الأيمان بعد العصر ليست لها توبة. وروي الأيمان تكون بعد الظهر والعصر في القسامة واللعان والعصر أشدهما قاله في

(**وجملة الكفار**) من اليهود والنصارى والمجوس وغيرهم (**يحلفونا أيمانهم حيث يعظمونا**) من الأمكنة من الكنيسة والبيعة وبيت النار تغليظاً عليهم في استخراج الحق، وقد كان الأبدي يغلظ بالتوراة التي تسميها اليهود المجلجلة فينكلون عن اليمين بها بعد الإقدام على الحلف دونها فيستخرج الحق من الباطل. (**وما**) كان من الأيمان في الأمور العظام (**كمثل الدم واللعان**) والمال العظيم (**فيه**) خبر مقدم (**تحري الوقت**) مبتدأ والجملة خبر ما. ابن عرفة: وهل يغلظ بالزمان؟ روى ابن كنانة في كتاب ابن سحنون: يتحرى بأيمانهم في المال العظيم والدماء واللعان وقت يحضر الناس فيه المساجد ويجتمعون للصلاة وما سوى ذلك من مال وحق ففي كل حين اهـ. ولم يذكر ابن حبيب إلا الدم واللعان دون المال العظيم، وهذا كله على جهة الاستحباب. (خ) في باب اللعان وندب أثر صلاة،

الوثائق المجموعة. (والمكان) عطف على الوقت، والمراد به الجامع أي أعظم مواضعه كما مرّ. وفي الرجراجي ما نصه: فأما أيمان القسامة واللعان فتغلظ بالزمان والمكان فمن كان من أهل مكة والمدينة وبيت المقدس فإنهم يجلبون إليها حيثما كانوا، وأما أهل الآفاق فإن كانت مواضعهم قريبة كالعشرة أميال جلبوا إليها واختلف فيما فوق العشرة الخ. فالمراد بالمكان الجامع أي أعظم مواضعه كما مر، ومفهومه أنها لا تغلظ في غير ما ذكر بالزمان وقد تقدم ما في ذلك فانظره.

٢١٣ـ وَهِيَ يَمِينُ تُهَمَةٍ أَوِ الْقَضَا أَوْ مُنْكِرٍ أَوْ مَعَ شَاهِدٍ رِضَا

(وهي) أي اليمين المتوجهة بالحكم فهي مبتدأ خبره محذوف أي أربعة أقسام (يمين تهمة) بدل مفصل من الخبر المذكور وهي المتوجهة في الدعوى غير المحققة على المشهور من أقوال تأتي وإيجابها استحسان كما لابن رشد قال: والقياس عدم وجوبها لقوله عليه السلام: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر». (أو) يمين (القضا)ء وهي المتوجهة على من ادعى على ميت أو غائب أو صغير أو مسكين أو مسجد استحساناً أيضاً، ومنها المتوجهة في استحقاق غير العقار أو فيه على ما لناظم العمل حيث قال:

كذا في الاستحقاق للأصول القول باليمين من معمول

وإنما كانت منها كما لابن رشد وغيره لأن كلاً منهما لرفع احتمال القضاء أو الخروج عن اليد فهما لرد دعوى مقدرة كما مرّ في أول أنواع الشهادة (أو) يمين (منكر) وهي المتوجهة لرد دعوى محققة لقوله عليه السلام: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر». كما تقدم عند قوله: والمدعي مطالب بالبينة إلى قوله والمدعى عليه باليمين الخ (أو) يمين (مع شاهد رضا) قام للمدعي في المال أو ما يؤول إليه الخبر: أمرني جبريل أن أقضي بالشاهد واليمين. وقد تقدم الخلاف فيه عند قوله: ثانية توجب حقاً مع قسم. الخ. وفائدة تعداد هذه الأيمان كما للشارح تمييز بعضها من بعض لما يعرض لها من قلب ونحوه حسبما تراه إن شاء الله. ومحل وجوب اليمين مع الشاهد إذا لم يقر الخصم بعدالته وإلاَّ فلا يمين لأن إقراره بالعدالة كالإقرار بالحق كما مرّ عند قوله: وفي الشهود يحكم القاضي بما الخ. وفي ابن سهل لو قال: رضيت بشهادة فلان فشهد عليه فإن أنكر شهادته في الحين وقال: ظننت أنه لا يشهد إلا بالحق فلا تمضى شهادته عليه وإن لم ينكر بل سكت سكوتاً يدل على رضاه بشهادته مضت عليه اهـ.

وأما قوله: (والمكان) فالمراد به الجامع أو أعظم مواضعه وقد مر، فهو مستغنى عنه (وهي) أي اليمين التي يقضي بها أربعة أقسام. (يمين تهمة) وهي اللازمة الغير المحققة استحساناً وفي توجهها خلاف يأتي (أو) يمين (القضا) وهي الواجبة في حق من ادعى على ميت أو غائب أو صغير استحسنها الفقهاء احتياطاً لحفظ مال من لا يمكنه الدفع عن نفسه لأنها لرد دعوى مقدرة أي دعوة الغريم البراءة من الحق ومثلها يمين الاستحقاق في غير العقار (أو) يمين (منكر) وهي في مقابلة دعوى محققة. وفي الحديث: «شاهداك أو يمينه». (أو) يمين (مع شاهد رضا) قام للطالب في مال وشبهه لخبر: إن جبريل أمرني أن أقضي بالشاهد واليمين. وفائدة تعداد هذه الأيمان كما قال الشارح تمييز بعضها من بعض لما يلحقها من الأحكام مثل كونها تنقلب أولاً، ثم شرع في تفصيلها فقال: (وتهمة)

ولما فرغ من أقسامها شرع في بيان محل وجوب كل قسم منها على اللف والنشر المرتب فقال:

٢١٤ـ وَتُهْمَةٌ إنْ قَوِيتْ بِهَا تَجِبْ يَمِينُ مُتْهُوم وَلَيْسَتْ تَنْقَلِبْ

(وتهمة) لو فرعه بالفاء لكان أولى وهو مبتدأ سوغه قوله **(إن قويت)** لأن الشرط في معنى الصفة أي وتهمة قوية **(بها)** يتعلق بقوله: **(تجب يمين متهوم)** فاعل. والجملة خبر ومفهوم الشرط أنها تسقط إذا ضعفت ففي نوازل الدعاوى والأيمان من المعيار عن العبدوسي أن التهمة على قسمين تهمة في دعواها معرة كالاتهام بالسرقة فهذه لا تلحق من لا تليق به ممن شهد فيه بالخير ومخالطة أهله ومجانبة أهل الشر وتهمة في غير ذلك، فهذه تلحق اليمين فيها جميع الناس برهم وفاجرهم على القول باليمين في التهمة وهو المشهور، وبه القضاء وعليه العمل. واستحسن ابن رشد أنها إن قويت لحقت وإلاَّ فلا وهو قول ثالث. وهذا يعرف عند نزوله فلا بد من بيان التهمة التي اتهم المطلوب بها وبيان حاله من التبريز في العدالة أو مطلق العدالة ومعرفته بالخير ومخالطته أهله دون ثبوت تزكية بحيث لا يكون ما شهد به تزكية له أو جهل حاله أو معرفته بالشر وسوء الظنة اهـ. وقوله: فلا بد الخ. به تتضح قوة التهمة وعدمها ويفهم منه أن المبرز في العدالة لا يمين عليه كانت الدعوى مما فيه معرة أم لا. وتتوجه على غيره بما لا معرة فيه مطلقاً. وهذا هو المنصوص لمالك في المبسوط وهو اختيار اللخمي، وبه أفتى الغوري حسبما في المعيار، وعليه يحمل قول ابن مرزوق في جواب له. الراجح عندي في هذا الوقت وجوب اليمين أي يمين التهمة مطلقاً إذا تقرر هذا فقوة التهمة تختلف فقوتها فيما فيه معرة بكونها على من تليق به فلا تلزم إلا من كان معروفاً بالشر وسوء الظنة وقوتها فيما لا معرة فيه بكونها على غير المبرز في العدالة المنقطع في الخير والصلاح. وقول الناظم: إن قويت يشمل الصورتين، وكذا قول ناظم العمل:

ودون تحقيق الدعاوى أيمان تهمته تقوى لغير مختان

وحينئذ فلا اعتراض خلافاً لما في الشراح من أنه درج على ما لابن رشد وإن كان ما لابن رشد هو قول (خ) في الإيداع وحلف المتهم وهو دليل شفعتها في الشفيع يقول: أخاف أن يكون قد باعه في السر وأشهد له بالصداقة ليقطع شفعتي قال مالك: إن كان المشتري ممن لا يتهم بمثل هذا فلا يمين وإلا حلف اهـ. وعليه حمل ابن فرحون قول أبي الحسن الصغير المشهور وجوب اليمين بمجرد التهمة لأنه قال عقبه: الظاهر أنه يريد بعد إثبات كون المدعى عليه ممن تلحقه التهمة بذلك ثم نقل عن ابن الهندي أن المطلوب لا يحلف في التهمة حتى يثبت الطالب أنه ممن يتهم بذلك، فهذا القول وإن كان مذهب المدونة واختيار ابن رشد وشهره أبو الحسن على ما استظهره ابن فرحون لا ينبغي حمل الناظم عليه، والفرق بينه وبين الذي قبله أن ما لا معرة فيه تتوجه فيه اليمين على الأول مطلقاً ولا يستثنى من ذلك إلا المبرز بخلافه على هذا، فلا تتوجه إلا على من ثبتت تهمته، والقول الثالث عدم توجه يمين التهمة مطلقاً. وفي الطرر

لو أتى بالفاء لكان أنسب **(إن قويت بها تجب يمين متهوم وليست تنقلب)** يريد أن يمين التهمة تجب

لأبي إبراهيم في باب الوكالة أنه المشهور نقله في التبصرة وهو الموافق لقول الناظم فيما مرّ تحقق الدعوى مع البيان الخ. وعلى توجهها مطلقاً أو في المتهم فإن نكل غرم بمجرد نكوله على المشهور. (وليست تنقلب) على الطالب بالنكول ولا بصريح القلب على المشهور، وقيل تنقلب ويحلف على غلبة ظنه وقيل لا غرم عليه بالنكول بل يسجن أبداً حتى يحلف ثم المسلمون في دعوى الغصب والتعدي محمولون على العدالة حتى يثبت خلافها أي: وهم في الشهادة على الجرحة حتى تثبت العدالة قاله ابن لبابة وغيره، وتأمله مع قول العبدوسي: فمن شهد فيه بالخير الخ. فإنه بظاهره يقتضي أنهم فيما فيه معرة محمولون على غير العدالة، وشمل قول الناظم: وتهمة الخ. ما قاله ابن زرب وكان يحكم به، ويقول: إنه من الدقائق كما في التبصرة والمعيار وهو أن الرجل إذا ادعى على آخر بدعوى تهمة فإن للمطلوب أن لا يحلف حتى يحلف المدعي أنه قد ضاع له ما ادعاه، لأن من حجته أن يقول: اتهمتك بأنه لم يضع لك شيء وإنما تريد أن تخرجني باليمين انتهى باختصار. وبالجملة فكل منهما اتهم الآخر ويفهم من تعليله أنه لا خصوصية للاتهام بعدم الضياع بل كذلك لو سلم له الضياع واتهمه بعدم الاتهام، وقد يقال: إن هذا يؤدي للتسلسل فتأمله والله أعلم. وشمل قوله: وليست تنقلب يمين القضاء ويمين الاستحقاق لأن كلاً منهما يمين بتهمة، وشمل أيضاً ما لو ماتوا في سجن أو بيت فسرق أحدهم فليس على من عداه إلا اليمين فإن حلفوا برئوا ومن نكل فعليه الغرم بمجرد نكوله، وقوله: وليست تنقلب يريد على الوجه الذي توجهت، وأما على غيره فتنقلب، فإذا خلا الرجل بزوجته ومات وطلبت باقي صداقها واتهمت الورثة بأنهم يعلمون باقيه فإن حلفوا وإلاً ردت عليها من غير خلاف، ولكن لا تحلف أنهم عالمون به بل تحلف أنها ما قبضته ولا أسقطته، فهذه ترجع على غير ما نكل عنه الورثة، وكذا إذا اتهم رجل آخر بالسرقة مثلاً فإن للمطلوب أن يقول له احلف أنت أنه لقد ضاع لك ما تدعيه وأنك تتهمني به وأنا أغرمها لك فله ردها بهذا المعنى، كما أفتى به ابن المكوي وغيره، وحكم به عياض كما في دعاوى المعيار وليس له ردها على حسب ما توجهت فيقول احلف أني قد سرقتها وأغرمها لك ويمكن أن يكون هو معنى قول العمل:

وقل له احلف لي قد اتهمتني　　وأنه ضاع الذي ألزمتني

إذا قويت التهمة وتسقط إذا ضعفت، وهذا ثالث الأقوال فيها وهو المشهور المعمول به قاله العبدوسي، وعليه فإن توجهت ونكل عنها المطلوب غرم بمجرد نكوله ولا تنقلب على الطالب. قال ابن رشد: أما يمين التهمة وهي الدعوى التي لا تحقق على المدعى عليه فقد اختلف في لحوقها ابتداء واختلف إذا لحقت على القول به هل ترجع أم لا؟ والذي اختاره في هذا أن تلحق يمين التهمة إذا قويت وتسقط إذا ضعفت ولا ترجع إذا لحقت. قال الشارح: وإياه اعتمد الناظم رحم الله الجميع هذا وفي المعيار في نوازل الدعاوى والأيمان عن العبدوسي: أن المشهور والذي به العمل هو توجه يمين التهمة مطلقاً ولا يخرج عن ذلك إلا ما فيه معرة كدعوى الغصب والسرقة على صالح فإنها لا تتوجه، وبه اعترض شيخنا على الناظم قائلاً: إنه ذهب على خلاف المشهور والمعمول به قال: وهو لازم لشراح المتن أيضاً اهـ. والله أعلم.

وأن يمين التهمة ترد بهذا المعنى دون غيره، ويحتمل أن يكون مراده أن للمتهم أن يقول للطالب لا أحلف حتى تحلف على ما ذكر كما مرّ عن ابن زرب إلا أنه ليس في كلام ابن زرب زيادة الحلف على التهمة فيترجح الحمل الأول، وعليه فإنما احتيج لتلك الزيادة لإمكان كون الطالب عرف آخذ متاعه أو لم يعرفه واتهم به غير هذا المطلوب، ولكن أراد تعيينه باليمين مع علمه ببراءته.

قلت: وهذا يقتضي أنه إذا سلم له الضياع ونازعه في الاتهام فقط له أن يحلفه عليه ويغرم، وهو كذلك إذ ذاك حق من حقوقه وعليه فغالب دعاوى الاتهام أو كلها ترد فيها اليمين بهذا المعنى، فللمشتري في مسألة الشفعة المتقدمة أن يقول: احلف أنك اتهمتني بالشراء وخذ بالشفعة وله أن يقول في الرد بالعيب: احلف أنك اتهمتني باستخدام الدابة أو الرقيق بعد علمي بعيبهما وأسقط عنك الرد، وهكذا فترد اليمين في ذلك كله على غير ما توجهت.

ثم أشار إلى بيان محل يمين القضاء فقال:

٢١٥ـ وَلِلَّتِي بِهَا الْقَضَا وُجُوبُ ... فِي حَقِّ مَنْ يُعْدَمُ أَوْ يَغِيبُ

(**وللتي بها القضا**) مبتدأ خبره في المجرور والجملة صلة الموصول وفي الكلام حذف أي ولليمين التي بها نفي القضاء، والمراد بالقضاء قضاء الدين وما في معناه كنفقة الزوجة لا الحكم (**وجوب**) مبتدأ خبره الموصول المجرور (**في حق من يعدم**) بفتح الدال صلة من والمجرور يتعلق بالاستقرار في الخبر (**أو يغيب**) معطوف أي غيبة بعيدة ولو حكماً وقد تسقط وذلك فيما إذا أوصى أن يقضي دينه من ثلثه قاله ابن الهندي ونحوه لابن سلمون، وكذا إن أقرّ بديون لقوم وأوصى أن يصدقوا بدون يمين على قول ابن القاسم كما في اللامية، وأفهم قوله: وجوب أن من دفع ديناً على ميت أو غائب دون يمين ضمنه وهو كذلك إن تعذرت يمين القابض وظاهره كغيره وجوبها ولو غاب قبل حلول الأجل وهو كذلك لأنها للتهمة، وقيل لا يمين عليه. وانظر

ثم أشار إلى يمين القضاء ومحالها فقال: (**وللتي بها القضا**) أي وليمين القضاء (**وجوب في حق من يعدم أو يغيب**) أي تجب في حق الميت والغائب على المدعى عليهما، فيعدم بضم الياء وفتح الدال مبني للمجهول أي يموت، ومن دفع ديناً عن ميت دون يمين ضمن قاله ابن سهل. لا بكسرها مبنياً للفاعل، وإن كان المفلس يحلف أيضاً مع بينته لأنهم قالوا: هذه اليمين تجب لرد دعوى مقدرة. قال ابن رشد: وهذه اليمين لا نص في وجوبها لعدم الدعوى بما يوجبها إلا أن أهل العلم رأوها على سبيل الاستحسان احتياطاً للغائب وحفظاً على ماله للشك في بقاء الدين عليه أو سقوطه عنه. قال ابن حارث: كل من قضى له على غائب أو ميت أو طفل يحلف أنه لم يقتض ولم يضع ولم يحل، وهذه اليمين تسمى يمين القضاء اهـ. وقال ابن عرفة: شرط الحكم بالدين على الغائب بقضاء دين عليه مع قيام البينة يمينه على بقاء الدين عليه إلى حين الحكم له بذلك اهـ. وقال في الوثائق المجموعة: يحلف ما قبضت من فلان بن فلان الغائب شيئاً من الدين الذي ثبت لي عليه عند فلان بن فلان صاحب أحكام كذا وكذا ولا قبضت منه شيئاً ولا استحلت على أحد ولا أحلت به أحداً ولا وهبته له ولا شيئاً منه ولا قدمت أحداً يقبضه منه، وأنه لباق لي عليه إلى يميني هذه.

(ح) في باب الصلح وأن الوكيل ليس له أن يصالح عنها إذا لم يفوض له فيه بخلاف الوصي، فله ذلك إن رأى عزيمة عليها. ونقل ذلك البرزلي في الوكالات مبسوطاً وفي نوازل الدعاوى من المعيار هل القاضي كالوكيل في ذلك أو كالمديان؟ وفهم من قوله: في حق من يعدم الخ. أنها لا تجب في حق الحي الحاضر إلا إن ادعى القضاء وهو كذلك، وقوله: يعدم أي يموت ولا يقرأ بكسر الدال لأن المفلس وإن كان يحلف مع بينته، لكن ليس حلفه لنفي القضاء، وهذه اليمين لرد دعوى مقدرة كما مرّ فيحلف ما قبضت من هذا الدين شيئاً ولا استحلت به ولا أحلت به أحداً ولا وهبته ولا شيئاً منه ولا قدمت أحداً يقبضه منه وأنه لباق عليه إلى الآن، فإن مات رب الدين فيحلفها من يظن به العلم من الورثة الكبار فقط لكن يحلف على نفي العلم فقط كما يأتي في قوله: وإن نفى فالنفي للعلم كفى. وظاهر النظم وجوبها ولو للولد على والده كالمرأة تطلب دينها على زوجها الميت والمحيط بإرثه هي وأولادها فقط، وهو كذلك كما في البرزلي قائلاً لأنها مدعية فحكمت السنة بحلفها، وظاهره أنها تجب ولو ثبت الدين بإقرار مات بإثره وهو ما يقتضيه التعليل المتقدم من أنها في مقابلة دعوى الإبراء والإحالة ونحوهما، وهذا واضح إذا أقر بشيء في ذمته وأما إن أقر بشيء معين فلا إشكال في عدم يمينه وعليه يحمل ما في (ح). وقد صرح بذلك في الباب الخامس من القسم الثاني من التبصرة فانظره فيه، وظاهره أيضاً وجوبها. ولو أقر الورثة الكبار ببقاء الدين وهو كذلك إن كان الإقرار بعد الرفع للحاكم فإن أقروا قبله فكذلك ويضمن الدافع حصة الصغار إن دفع بدونها.

تنبيه: فإذا اشترط رب الدين سقوط هذه اليمين فذلك جائز في صلب عقد البيع وما جانسه لا في القرض مطلقاً لأنه في العقد سلف جر نفعاً وبعده هدية مديان كبعد العقد في البيع ونحوه. انظر التبصرة في الباب التاسع والعشرين وانظر التزامات (ح) فإنه ذكر في المسألة ثلاثة أقوال يفرق في الثالث بين أن يكون المشترط مأموناً فيوفى له بالشرط وإلاَّ فلا. وذكر عن ابن ناجي أن العمل على القول بأعمال الشرط مطلقاً، وذكر هو أن القول بعدم أعماله أرجح، وانظر ما يأتي في الصلح والضمان.

٢١٦ـ وَلاَ تُعَادُ هٰذِهِ الْيَمِينُ بَعْدُ وَإِنْ مَرَّ عَلَيْهَا حِينُ

(**ولا تعاد هذه**) نائب الفاعل (**اليمين**) نعت أو عطف بيان أو بدل (**بعد**) بالضم مقطوع عن

(**ولا تعاد هذه اليمين بعد**) أي بعد أن حلفها (**وإن مر عليها حين**) يعني لو حلف الطالب هذه اليمين وتأخر اقتضاؤه مدة طويلة لجمع مال الغائب أو الميت مثلاً، ثم حضر المال فلا تعاد عليه اليمين. ابن رشد: وهو الصواب بخلاف لو ادعى عليه المدين الحاضر مرة أخرى أنه قضاه بعد اليمين فيحلف. قال ابن رشد: ولو تأخر القضاء بعد يمينه في مسألة الغائب إلى أن جاء فأقام معه مدة ثم غاب لوجب أن لا يقضي حقه حتى يحلف ثانية لأن الشك ههنا حاصل كما كان أول مرة اهـ. فلذلك قيل: كان من حق الناظم أن يزيد بيتاً فيقول:

إلا إذا ما حدث الشك الذي أوجبها من أول فلتحتذي

ويشمل أيضاً ما ذكره ابن سلمون من قوله: وكذلك الدين المنجم لا يجب عليه أن يحلف عند كل نجم إلا أن يقدم في خلالها أو يبعد ما بين النجوم بحيث يمكن أن يكون اقتضى الثاني أو

الإضافة يتعلق بتعاد **(وإن مر عليها حين)** فاعل بقوله: مر، والمجرور يتعلق به، والواو للمبالغة أي لا تعاد يمين القضاء على الطالب بعد حلفها ولو مضى زمان طويل بين حلفها ودفع الدين لعدم طروء الشك الموجب لها، إذ الفرض أنه لا زال غائباً، وفهم منه أنه إذا قدم بعد الحلف ثم غاب قبل الدفع أو بعد ما بين نجوم الدين بحيث يمكن أن يكون اقتضى النجم الثاني أو وكل عليه فتعاد وهو كذلك لأن الشك حينئذ حاصل كما كان أول مرة.

تنبيهات. الأول: إذا حلف الطالب يمين القضاء وباع الحاكم عقار الغائب ونحوه للدين فقدم الغائب وأثبت البراءة، فإن البيع لا ينقض ويرجع بالثمن على الغريم إلا أن يكون المبيع لم يتغير عن حاله فيكون أحق به بالثمن على الراجح كما يأتي في فصل البيع على الغائب إن شاء الله.

الثاني: إذا وقف القاضي متاع الغائب لقضاء دينه فغاب رب الدين وقدم الغائب في حال غيبته وادعى الملاء فدفع القاضي له المال الموقوف فهرب به، ثم قدم رب الدين فإن لرب الدين الرجوع على القاضي لأنه دفع ما لا تعلق به حق الغير تعلق استيفاء كالأمين في الرهن قاله في المعيار.

الثالث: لو ادعى رب الدين أن للغائب مالاً بيد رجل وديعة أو بوكالة وأثبت ذلك فإن أقر من هو بيده أنه للغائب قضى منه دينه بعد اليمين قاله سحنون، وعليه العمل. ونقل عنه ابن اللباد أنه لا يقضي منه دينه وهو قول ابن المواز وابن عبد الحكم قال أبو عمران: وهو القياس لأنه لو حضر الغائب وقال: الوديعة لغيري لم يكن لرب الدين فيها شيء قاله في المتيطية. قلت: وهذا الخلاف لو ادعى رب الدين على شخص أنه وهب مالاً للغائب في حال غيبته وأثبت ذلك أو سأل يمين الواهب فإنه لا يقضى له بشيء من ذلك إذ لا يدري هل يقبل الغائب الهبة فتكون من ماله أم لا؟ وهو لا يجبر على قبولها لقضاء الدين قاله في المعيار وهو معنى قول (خ): ولا يلزم أي المفلس بتكسب أو تسلف الخ. وهذه الفروع وإن كان لها تعلق بفصل الغائب الآتي فلها تعلق بما هنا أيضاً لأن نفس اليمين لها تعلق به.

ثم أشار إلى يمين المنكر فقال:

٢١٧ـ وِلِلْيَمِينِ أَيُّمَا إِعْمَالِ ... فِيمَا يَكُونُ مِنْ دَعَاوَى المَالِ

(ولليمين) خبر **(أيما أعمال)** صفة لمبتدأ محذوف وما صلة أي ولليمين أعمال أي أعمال **(فيما)** يتعلق بالاستقرار في الخبر **(يكون)** مضارع كان التامة **(من دعاوى المال)** يتعلق به وشمل قوله دعاوى دعوى تعمير الذمة أو إخلائها كقوله: قضيتك أو دعوى البيع أو الشراء أو الإجارة أو العارية ونحو ذلك فإن القول لمنكر العقد إجماعاً مع يمينه بدليل الاستثناء الآتي، وما في التبصرة من أنه لا يمين على منكر عقد البيع والمساقاة والشركة لا معول عليه ولعله مبني على

وكل، ثم أشار إلى يمين المنكر فقال: **(ولليمين)** خبر مقدم عن قوله أعمال **(أيما أعمال فيما يكون من دعاوى المال)** من دعوى تقتضي عمارة ذمة ك: لي عليك مائة وينكر المطلوب فيحلف أو إخلاءها كقوله: قضيتك فيحلف الطالب ثم استثنى من دعاوى المال دعوى هبة شيء أو التصدق به وما في

القول باشتراط الخلطة. وقوله: المال أي ما يؤول إليه كالأجل والخيار ونحوهما كما مرّ. وظاهر قوله في المال: ولو أدى لغير المال كدعوى المكاتب على سيده أداء نجم ونحوه وهو كذلك كما مرّ عند قوله ثانية توجب حقاً مع قسم. واحترز بقوله: المال من دعاوى غير المال كدعوى الشتم أو ادعت الزوجة أن زوجها يضربها كما في ابن سلمون في شرط الضرر، وانظر الفائق. وقد تقدم أن ما ليس بمال ولا آيل إليه لا يمين فيه ويستثنى من ذلك جراح العمد فتجب فيها اليمين وإن لم تكن مالاً ولا آيلة إليه ويدخل فيه ما إذا طلب منه اليمين على مال أنكره فيه، فزعم المطلوب أنه قد كان حلف. (خ) وله يمينه أنه لم يحلفه أولاً. الخ. المازري وبه الفتوى والقضاء عندنا وله رد اليمين عليه أنه قد استحلفه ثم لا يحلف مرة أخرى اهـ. وأفتى اللخمي بأن لا يمين على الطالب. واختاره ابن رحال وعليه درج ناظم العمل حيث قال:

ولا يـمـيـن حـيـث قـال احـلـف لـي إنـك مـا حـلـفـتـنـي مـن قـبـلـي

قلت: وفيه مراعاة دعوى أحد الخصمين دون الآخر بلا دليل ولا مرجح، فالواجب التمسك بما للمازري ثم استثنى من عموم قوله: فيما يكون من دعاوى المال. قوله:

٢١٨ـ إلاّ بِـمَـا عُـدَّ مِـنَ الـتَّـبَـرُّعِ مَا لَمْ يَكُنْ فِي الحَالِ عِنْدَ المُدَّعِي

(**إلا**) استثناء والباء في قوله (**بما**) بمعنى في وجملة (**عد**) بالبناء للمفعول صلة والتقدير إلا في الدعاوى التي تعد (**من التبرع**) كدعوى الهبة والصدقة فلا يمين فيها على المشهور خلافاً للجلاب في أنها تتوجه في التبرع فإن نكل المطلوب حلف الطالب وأخذه وشمل قوله: التبرع دعوى هبة اليمين وإبرائه منها، ولا سيما إن علم تقدم الخصام بينهما كما في نوازل الدعاوى والأيمان من المعيار والتبرع ما كان من غير سؤال، والتطوع ما كان عن سؤال وكلاهما معروف قاله أبو الحسن في باب الجمالة، والناظم أطلق التبرع على ما يعم التطوع (**ما**) ظرفية مصدرية (**لم يكن**) صلتها أي مدة عدم وجوده (**في الحال**) أي حال الدعوى (**عند المدعي**) وفي حوزه وإلا وجبت اليمين حينئذ كانت الدعوى في معين أو في الذمة. ابن عرفة عن الباجي دعوى المدين هبة رب الدين دينه توجب يمينه اتفاقاً.

قلت: وكذا من ادعى هبة ما بيده من معين اهـ. الباجي: ويصحح هذا أن من استحق عرضاً بيد رجل لا يحكم له به حتى يحلف أنه ما باع ولا وهب الخ. وشمل كلام الناظم النحلة والعارية والإسكان والعمرى والإخدام والحبس والوصية فلا يمين في ذلك كله إلا أن يكون بيد المدعي حال التداعي قاله الرعيني، قال: وقد قال مالك فيمن تصدق بنخل مثمر فقال المتصدق عليه الثمرة لي، وقال الآخر: إنما تصدقت بالأصل دون الثمرة إن القول للمتصدق بيمينه وإلا

معناه فقال: (**إلا بما عد من التبرع**) فلا يمين فيه على المنكر على المشهور، وفي الجلاب يحلف المدعى عليه الهبة، فإن نكل حلف المدعي وأخذها (**ما لم يكن**) الشيء المدعى فيه الهبة مثلاً (**في الحال**) أي في حال الدعوى (**عند المدعي**) وفي حوزه فحينئذ يحلف المطلوب: الباجي: إن كانت الهبة بيد غير الموهوب فلا يمين على الواهب، وإن كانت تحت يد الموهوب فعليه اليمين كانت معينة أو في الذمة ويصحح هذا أن من استحق عرضاً بيد رجل لم يحكم له حتى يحلف أنه ما باع ولا وهب اهـ.

حلف الآخر وأخذ الثمرة اهـ باختصار. ولا يدخل في كلامه القرض والحوالة والكفالة بعد العقد والإقالة على الثمن الأول وإن كان الكل معروفاً إذ التبرع هو ما لا معاوضة فيه، وهذه فيها معاوضة إذ أدنى مراتبها الكفالة وهي يرجع فيها بما أدى.

ولما لم تدخل هذه في كلامه نبه على لحوق بعضها بالتبرع على ما أفتى به ابن عتاب وابن القطان فقال:

٢١٩ـ وَفي الإقَالَةِ ابْنُ عَتَّابٍ يرى وُجُوبِهَا بِشُبْهَةٍ مُعْتَبَرا

(وفي الإقالة ابن عتاب) مبتدأ وجملة **(يرى)** خبره **(وجوبها)** مفعول أول وفي الإقالة يتعلق به أو بيرى **(بشبهة)** يتعلق بقوله: **(معتبراً)** بفتح الباء مفعول ثان ومن بعض النسخ لشبهة باللام بدل الباء فمعتبراً بكسرها حال وهو أظهر من نسخة الباء، قال ابن رشد في نوازله: أما دعوى الإقالة فمن دعوى المعروف، وقد اختلف فيها شيوخنا فمنهم من ذهب إلى أن ما وقع من ذلك في الأمهات اختلاف قول وأنها مسألة ذات قولين من غير تفصيل، ومنهم من قال ليس ذلك باختلاف بل المدعى فيه إن كان بيد المدعي أو كان له به تشبث وجبت له اليمين على المدعى عليه، وإلا لم تجب وهو تفصيل حسن له وجه من النظر وهو مراعاة الخلاف في وجوب الحكم بما لم يقبض من الهبات، فالأظهر في دعوى الإقالة وجوب اليمين إذ لا اختلاف في وجوب الحكم بها إلا أن يدعي أنه أقاله فيها قبل التفرق بالأبدان فتضعف اليمين مراعاة لمن يقول: إن البيع لا يلزم إلا بالتفرق بالأبدان انتهى من نسخة أندلسية في غاية الجودة، وسقط من نسخة الشارح التي بيدنا قوله: بما لم يقبض إلى قوله بها. وزاد بعد قوله بالأبدان ما نصه: وكان ابن عتاب يقول: لا تجب اليمين لمدعي الإقالة إلا أن يأتي بشبهة يقوي بها دعواه، وشاهدته يفتي بذلك وقال في ذلك اختلاف، وكذلك كان ابن القطان يفتي أن لا يمين إلا بشبهة اهـ. إذا تقرر هذا علمت أن ما أفتى به ابن عتاب هو عين التفصيل الذي حكاه ابن رشد عن بعض شيوخه، وعلمت أن ابن رشد استظهر وجوبها مطلقاً، وعليه اقتصر الرعيني في الدعوى والإنكار، وصدر به ابن فرحون في تبصرته وهو ما رجحه الشارح تبعاً لابن سهل فلو قال الناظم:

وفي الإقالة وجوبها ثبت في راجح الأقوال كيفما أتت

وانظر ما معنى التشبث ولعله يريد كونه بيد وكيله أو غلامه أو بعض قرابته الذي يسعى في مصالحه، وقول ابن رحال يريد به الدين غير ظاهر، ومعنى قول ابن رشد مراعاة الخلاف في

واختلف في دعوى الإقالة فلابن رشد: هي من دعوى المعروف، ولبعض الشيوخ فيها اليمين إن كان الشيء بيد المدعي أو كان له به تشبث، وقال ابن عتاب وصاحبه ابن القطان: لا يمين عليه في ذلك إلا بشبهة وعليه اقتصر الناظم فقال: **(وفي الإقالة ابن عتاب يرى وجوبها بشبهة)** بالباء متعلق بقوله: **(معتبراً)** اسم مفعول هو مفعول ثان لقوله: يرى ووجوبها مفعول أول وفي الإقالة متعلق به أو بيرى، وتقديرالبيت: وابن عتاب يرى وجوب اليمين في الإقالة معتبراً بشبهة وفي نسخة باللام بدل الباء فمعتبراً بكسرها حال، وفي ابن سلمون تجب اليمين أيضاً في الضمان إذا ادعى أنه كان في صلب العقد وإلاَّ فلا يمين.

وجوب الحكم الخ أن الهبة التي لم تقبض فيها قولان لزومها بالقول وهو المشهور وعدم لزومها به حتى تقبض وهو مقابله، وهذا الخلاف لا يجري في الإقالة للزومها بالقول قبضت أم لا اتفاقاً لأنها بيع. قلت: وهكذا يقال في القرض لأنه بيع في الحقيقة، وأما الحوالة فهي وإن كانت بيعاً لكن صرح الرعيني بعدم وجوب اليمين فيها، ولعل وجهه كما لأبي العباس الملوي في بعض طرره إن من حجة المطلوب وهو المحال عليه أن يقول: هب أن اليمين توجهت لك علي واعترفت لك بالحوالة فإن دفع المال إليك لا يوجب براءة ذمتي من طلب رب الدين وهو المحيل، ولا أتكلف الدفع إليك مع عدم براءة ذمتي، وفي الوكالة من البرزلي: لو قال لفلان علي دين أمر هذا بقبضه لم يحكم على المقر يدفعه لأنه مقر على رب الدين وذلك غير لازم له، وأما الكفالة فصرح في معاوضات المعيار بأن المشهور عدم توجه اليمين عليه فيها قائلاً لأنها من دعوى المعروف كالتبرع والصدقة اهـ.

وفي المدونة وجوب اليمين فيها بشرط ثبوت الخلطة، وصدر ابن سلمون بأنه إن ادعى عليه أنه تكفل له في صلب العقد وجبت اليمين، وإن ادعى عليه التبرع بعد العقد فلا يمين. قلت: وهذا الذي صدر به لا يخالف المدونة لأنه يلزم من الدعوى بها في صلب العقد الدعوى عليه بمعرفة أصل الدين فهو يدعي عليه حينئذ بها وبمعرفته لأصلها، ووجه ابن يونس ظاهر المدونة بأن الطالب يقول إنما وثقت بمبايعة من لا أعرف لكفالتك إياه، فلذلك وجبت اليمين اهـ. وهذا التوجيه يدل على أن كلامها في الدعوى في أصل العقد فتبين بهذا كله رجحان ما صدر به ابن سلمون من التفصيل، ولا سيما على ما به العمل من عدم اشتراط الخلطة وهو ظاهر إذا ثبت أصل الحق ولو بالاعتراف من الكفيل، وإلا فمن حجته أن يقول لا شيء لك عليه مما تدعيه إذ فائدة اليمين تظهر في النكول عنها، وهو لو نكل عنها والدين لم يثبت لم يلزمه غرم، وقد قال الجزيري: لا مطالبة لرب الدين على الحميل إلا بعد ثبوت الدين، فإن عجز وزعم أن الحميل يعرف الدين حلف الحميل على علمه وبرىء فإن نكل حلف الطالب أن الحميل يعرف حقه قبل الغريم وغرم، فإذا وجد الحميل الغريم فإن أقرّ له غرم وإلا حلف وبرىء ولا رجوع حينئذ للحميل على الطالب اهـ.

تنبيه: فإن اتفقا على الإقالة وزعم البائع أنه أقاله على أنه يرد له أقل من الثمن فالقول للمشتري بيمينه أنه أقاله بمثل الثمن قاله في التبصرة. وتستثنى هذه مما يأتي في اختلاف المتبايعين في قدر الثمن والله أعلم.

٢٢٠ـ وَهٰذِهِ الْيَمِينُ حَيْثُ تَجِبُ يَسُوغُ قَلْبُهَا وَمَا إنْ تُقْلَبُ

(وهذه) مبتدأ **(اليمين)** نعت أو عطف بيان **(حيث)** ظرف مضمن معنى الشرط **(توجب)** بضم التاء وفتح الجيم في محل جر بحيث أي: هذه اليمين إن أوجبها الحاكم على المنكر في المال أو ما يؤول إليه **(يسوغ)** له **(قلبها)** فاعل والجملة خبر فإن حلف من قلبت عليه وإلا سقط حقه

(وهذه اليمين) الواجبة على المنكر في الدعوى المالية **(حيث تجب)** عليه **(يسوغ)** له **(قلبها)** على المدعي فإن حلف استحق الشيء وإن نكل سقطت دعواه **(وما أن تقلب)** أي وليس له قلبها على

(وما) نافية **(إن)** صلة **(تقلب)** بالبناء للمفعول ونائبه ضمير اليمين المقلوبة والجملة معطوفة على الخبر أي ليس لمن قلبت عليه أن يقلبها ثانياً، وإلا لم تزل في قلب وشمل اليمين مع الشاهد وغيرها من الدعاوى المحققة المجردة ولا دخل هنا ليمين التهمة ولا ليمين القضاء، إذ لا يقلبان على نحو ما توجهتا عليه كما مرّ، وأشعر قوله يسوغ قلبها أنه إذا قلبها ليس له الرجوع عن ذلك لأنه أسقط حقه منها سواء قلبها بعد الرفع للحاكم أو قبله، وهو كذلك (خ): وإن ردت على مدع وسكت زمناً أي ولو طويلاً فله الحلف.

تنبيه: قال في التبصرة: إذا وجبت لرجل يمين على امرأة من ذوات الحجاب ووجبت لها هي يمين عليه فأرادت أن تحلف ليلاً وأن تحلفه نهاراً فقال الرجل: أخاف أن أحلف لها نهاراً فترد علي اليمين ليلاً فأحلف مرتين مرة في النهار ومرة في الليل، فإن المرأة إذا التزمت أنها لا ترد اليمين حلف لها الرجل نهاراً وحلفت المرأة ليلاً وهذا نص في أن التزامها لعدم الرد يلزمها اهـ.

ثم إن الحالف لا يخلو إما أن يثبت لنفسه حقاً أو ينفي عنها أو يثبت لغيره أو ينفي عن ذلك الغير، ففي الثلاث الأول يحلف على البت، وفي الأخيرة على العلم كما قال على اللف والنشر المرتب:

٢٢١ـ وَمُثْبِتٌ لِنَفْسِهِ ومَنْ نَفَى عَنْها عَلَى البَتَاتِ يُبْدِي الحَلِفَا

(ومثبت) مبتدأ سوغه تعلق **(لنفسه)** به **(ومن)** معطوف وجملة **(نفى)** صلته **(عنها)** يتعلق به وضميره للنفس فالإثبات كقوله: لي عليك ألف والنفي كدعوى المطلوب عليه القضاء ولو تقديراً ككون المطلوب ميتاً أو غائباً **(على البتات)** يتعلق بقوله: **(يبدي)** أي يظهر **(الحلفا)** مفعول والجملة خبر فيحلف في الإثبات أن له عليه ألفاً، وهذا إذا رد عليه اليمين أو قام له بذلك شاهد (خ). واعتمد البات على ظن قوي الخ ويحلف المطلوب في النفي ما له علي ألف ولا شيء منه من سلف أو بيع أو غيرهما (خ): ويمين المطلوب ماله عندي كذا ولا شيء منه ونفى سبباً إن عين وغيره، فإن قضى نوى سلفاً يجب رده أي ولا يكفيه لا حق لك علي، وقال ابن الماجشون: يكفيه ونحوه لأشهب. ابن عبد السلام: وهو التحقيق لأن نفي الأعم يستلزم نفي الأخص أي: فلا يكلف أكثر من ذلك ويحلف الطالب في دعوى القضاء أنه ما قبض شيئاً ويزيد في الميت والغائب ولا أحال به ولا أسقطه إلى آخر ما مر.

المطلوب لأن الفرض أنه نكل وقلبها عليه، وإلاّ لم تزل في قلب هذا معنى كلامه لا ما قيل إنه أراد وما أن تقلب إذا كانت الدعوى غير محققة لأن هذا تقدمت ولا دخل لها هنا فيكون تكراراً وتخليطاً، ثم أشار إلى أن اليمين تنقسم باعتبار كونها على البت أو العلم على أربعة أقسام. وذلك أن الحالف إما أن يثبت لنفسه حقاً أو ينفي عنها، أو يثبت لغيره أو ينفي عن ذلك الغير ففي الثلاث الأول يحلف على البت، وفي الأخير على نفي العلم وهو معنى قوله:

(ومثبت لنفسه) كلي عليك ألف **(ومن نفى عنها)** كما لو قال له المطلوب قضيتك أو كانت دعواه على ميت أو غائب فوجبت يمين القضاء أنه ما قبض شيئاً **(على البتات)** متعلق بقوله: **(يبدي)**

٢٢٢ـ وَمُثْبِتٌ لِغَيْرِهِ ذَاكَ اقْتَفَىٰ وإنْ نَفَى فَالنَّفْيُ لِلْعِلْمِ كَفَىٰ

(ومثبت لغيره) مبتدأ سوغه ما مر (ذاك) مفعول بقوله: (اقتفى) أي اتبع والجملة خبر، وذاك كدعوى دين لأبيه الميت وأقام به شاهداً أورد المطلوب أو ورثته على اليمين في الدعوى المجردة فيحلف أن ما شهد به الشاهد أو أن ما يدعيه لحق. وقولي أو ورثته هذه ترد على غير ما توجهت لأنها تجب عليهم على نفي العلم، وإذا ردوها فيحلف الطالب على البت (وإن نفى) بها عن غيره كوارث ادعى شخص على موروثه دعوى مجردة فيحلف أنه ما يعلم له شيئاً على موروثه أي: وترد على غير ما توجهت كما مر وكدعوى شخص ديناً لأبيه على ميت أو غائب وأقام به شاهداً أو شاهدين ووجوب يمين القضاء، فإن الشخص يحلفها على العلم كما قال: (فالنفي للعلم كفى) في ذلك كله وإن ردها في الأخيرتين فلا ترد لأنها للتهمة كما مرّ، فالنفي مبتدأ خبره كفى، والجملة جواب الشرط. وقد استفيد منه أنه مع الشاهد يحلف يمينين يميناً لتكميل النصاب وهي على البت كما مرّ مثاله في صدر البيت ويميناً لنفي القضاء وهي على نفي العلم كما هنا وله أن يجمعهما في يمين واحدة على ما به العمل قال ناظمه:

وتجمع الأيمان في الدعاوي إلا يمين الرد في التساوي

فاستثناؤه يمين الرد يدل على أن غيرها من الأيمان متساوية في التغليظ وعدمه، ولو يمين قضاء أو استحقاق تجمع وهو كذلك على خلاف فيه كما في الرعيني وغيره، فإن كان بعضها يغلظ في الجامع دون البعض الآخر فهو بالخيار في أن يحلف واحدة مغلظة يدخل فيها جميع ما وجب عليه أو يحلف يمينين المغلظة في الجامع وغيرها خارجه، وقوله: إلا يمين الرد أي فلا تجمع بل يقول بالله الذي لا إله إلا هو فإذا انقضت قال: وبالله الذي لا إله إلا هو حتى

أي يظهر (الحلفا) في الوجهين جميعاً (ومثبت لغيره) كدعوى دين لأبيه وأقام شاهداً واحداً (ذاك اقتفى) فيحلف له على البت أن لأبيه قبل فلان كذا أو أنكر المطلوب وقلب عليه اليمين (وإن نفى) عن غيره كما لو وجبت يمين القضاء في دعوى الدين لأبيه (فالنفي للعلم كفى) أي فحلفه أنه لا يعلم أباه قبض شيئاً من يكفي. قال ابن يونس، قال مالك: يحلف في دين لأبيه الميت على البت، ولو أقام شاهدين لحلف على علمه أنه ما علم أباه قبض ذلك الدين يغني ولا أمر بقبضه ولا أسقطه ولا سقط بوجه من الوجوه، وقوله: ولو أقام شاهدين الخ. يعني حيث تجب يمين القضاء ويحلفها مع حلفه مع الشاهد أيضاً حيث لم يكن له سواء فتجب حينئذ يمينان إحداهما بتاً والأخرى علماً على ما قررنا.

فرع: وإذا وجبت يمين وأراد الطالب تأخيرها والمطلوب تعجيلها أو العكس فتعجيلها واجب لمن طلبه منهما قاله ابن سلمون عن ابن الحاج: فلو قال المدعى عليه: اجمع مطالبك لأحلف يميناً واحدة كان له ذلك إلا في الميراث.

ثم أشار إلى القسم الرابع وهو اليمين مع الشاهد لكمال النصاب وفيه صور، لأن من قام له شاهد إما رشيد أو عبد أو سفيه أو صبي وسكت عن الأولين، وأشار للثالث وحكم الثاني حكمه فقال:

تنقضي اليمين الأخرى وسواء قدم المردودة أو غيرها وما تقدم عن التبصرة في التنبيه قبل البيتين يدل على أن المردودة تجمع لأن قول الرجل: أخاف أن ترد اليمين الخ. ظاهر في ذلك وإلا لم تتوقف يمينه على التزامها عدم الرد، وقد صرح بجمعها مع غيرها. ابن رشد أيضاً حسبما في الدر النثير ثم كما يلزم الطالب أن يحصر دعاويه وأن يجمعها عند إرادة إحلاف المطلوب ليحلف له يميناً واحدة كما مرّ كذلك يلزمه أن يحصرها ليقع الجواب عن جميعها على ما عليه العمل أيضاً كما أشار له ابن أبي زمنين وغيره وهو معنى قول اللامية، وهل مدع يلجأ لجمع حقوقه الخ. وبالجملة فالجمع إما ابتداء ليقع الجواب عن مجموعها أو بعد الجواب عن بعضها بالإنكار وإرادة التحليف ففي أي محل منهما طلب الجمع؟ أجيب إلا أن تكون الدعاوى من الميراث فيلزمه جمع ما علمه منها فقط في الوجهين دون ما لم يعلمه، وهذا معنى قولهم: إن دعاوى الميراث لا يلزم جمعها أي لا يلزم جمع ما لم يعلم منها، فإن زعم المطلوب أنه سيدعي عليه بدعاوى عينها منه، وأنكر الوارث قوله وعلمه بذلك فإنه يفيد عليه إنكاره وعدم علمه بتلك الدعاوي، ويقال له لا قيام لك بها إن حلفته على ما سميت فقط لا بإظهار أمر يعلم أنها لم تكن معلومة عندك قال: معناه في المعيار عن البرزلي، وكذا إن ادعى بدعاوى زاعماً أن له بينة على بعضها دون البعض الآخر فلا سبيل له إلى تحليفه على ما لا بينة له به إلا إذا التزم أنه لا قيام له في ماله به ببينة إلا بها، فإن لم يلتزم ذلك لم يستعجل يمينه الآن بل حتى يقيم البينة فإن أقامها وإلاَّ جمع دعاويه وحلف له يميناً واحدة وفهم من النظم أنها إذا وجبت بتاً فحلفها علماً أو بالعكس لا يجزيه ويعيدها وهو كذلك، أما في الأول فظاهر وأما في صورة العكس فلا لأن اليمين على الشك غموس وهي محرمة منهي عنها، والنهي يدل على الفساد ومعناه في العقود عدم ترتب آثاره عليه، فلا أثر لهذه اليمين بهذا أفتى المقري راداً على غيره ممن أفتى بالإجزاء لأنه أتى بالمطلوب وزيادة كما في المعيار. قلت: وتعليله يدل على عدم الإجزاء ولو طلبها الطالب كذلك تغليظاً على المطلوب. ولا يقال: إن هذا قد رضي بإسقاط حقه منها كما مرّ فيمن طلب من خصمه الحلف بالطلاق تغليظاً. لأنا نقول الطلاق يمين منعقدة بخلاف هذه.

تنبيهات. الأول: إذا وجبت اليمين لورثة يملكون أنفسهم على رجل وتقاضى اليمين أحدهم بأمر الحاكم بيمينه تجزىء عن الجميع وليس لمن يقوم بعده ولو غائباً أو صغيراً أن يحلفه وإن كان بغير أمر الحاكم فكل من قام منهم يحلفه يميناً ثانية قاله في المتيطية وهو معنى قول اللامية:

وإن غاب بعض من ذوي الحق يكتفي ... بإحلاف بعض إن بحكم تحصلا

وإذا أقام غير من أحلفه بينة عمل بها في حظه فقط ولو كان عالماً بها حين إحلاف القاضي المطلوب لغيره لأنه يقول لم أقم بحقي وقت الحلف ولم يكن طلب الحق مني قاله (ز) أول باب الوكالة.

الثاني: إذا وجبت اليمين فأراد الطالب تأخيرها والمطلوب تعجيلها أو العكس فتعجيلها واجب قاله ابن عبد السلام وابن سلمون عن ابن الحاج، فلو وجبت يمين القضاء أو مع الشاهد أو قال المطلوب احلف وأزن لك فقال الطالب في ذلك كله: لا أحلف حتى يحضر المال لأني

أخاف أن أحلف ويدعي العدم فتذهب يميني باطلاً فقال ابن العطار: لا يجاب لذلك بل يحلف ثم يطالبه بالمال، وعليه اقتصر في اللامية حيث قال: ومن أبى يميناً لكون المال غاب فجهلا. وقيل: يجاب إلى ذلك وبه العمل بتونس قاله ابن ناجي، وقيل: يكفي أن يشهد على المطلوب بأنه مليء ويحلف الطالب فإن ادعى العدم بعد إشهاده بالملاء فإنه يسجن حتى يؤدي ولا تقبل بينته بالعدم قاله ابن أبي زمنين وفضل وغيرهما، واقتصر عليه في التبصرة والوثائق المجموعة ولم يحك أكثر الشيوخ غيره وهو المذهب. وقال أبو الحسن: انظر قضاة البوادي يفعلون هذا وليس لأجل دعوى العدم لأنهم لا يعلمونه، وإنما ذلك خوف اللدد لضعف الأحكام فيحتمل أن يؤخذ له رهن أو حميل فحينئذ يحلف اهـ. وفي المعيار عن العبدوسي أن المطلوب يجبر على أحد أمرين: إما أن يقر بملاء ذمته وإما أن يحضر المال وحينئذ يحلف الآخر؛ اللهم إلا أن يفهم القاضي عنه الكذب فلا يقبل منه إلا الإحضار، وأفتى الغبريني إن كان المطلوب يتكلف كلفة في إحضار الثمن مثل أن يحتاج إلى بيع داره ونحو ذلك فإنه يحلف الطالب أولاً. وإلاَّ فلا يحلف حتى يحصله. ابن ناجي: وفتواه صواب، وبها حكمت بالقيروان اهـ. فتحصل من هذا أنه إذا كان معلوم الملاء لكن يحتاج إلى بيع أصل ونحوه أو غير معلومه، ولكن أشهد بملاء ذمته ولم يفهم القاضي منه الكذب ولا ضعفت الأحكام حلف الطالب أولاً فإن كان معلوم الملاء ولا يحتاج لبيع أصل أو غير معلومه وأشهد بملائه، ولكن فهم منه الكذب أو ضعفت الأحكام فلا يحلف حتى يحضر المال أو يأتي برهن أو حميل والله أعلم. قلت: وهكذا المشتري يقول للشفيع: لا أحلف بأن الثمن مائة حتى أشهد عليك وأنك تأخذ بالشفعة لئلا تذهب يميني باطلاً قاله في شفعة المعيار.

الثالث: إذا طلب المدعي يمين المطلوب فللمطلوب أن لا يحلف حتى يلتزم له إسقاط كل بينة ما علم منها وما لم يعلم فإذا عقد على نفسه ذلك لم يكن له أن يقوم ببينة يجدها ولو لم يعلم بها قاله في المتيطية والوثائق المجموعة.

الرابع: من وهب ديناً وله به شاهد أو اشترى شيئاً بشاهد ووهبه فأنكر المدين أو البائع أو وجبت يمين القضاء في هبة ما على ميت، فالواجب أن يحلف الموهوب له في ذلك كله لأن الواهب يقول: لا أحلف لينتفع غيري قاله أبو الحسن قال: وهو ظاهر من مسألة الغرماء ولعله يريد بها أن الميت إذا أقام له شاهد بدين وعليه ما يستغرق ماله فإن الغرماء يحلفون مع الشاهد لا الورثة إذ لا يحلفون ليستحق الغرماء وتعليله يدل على أن ذلك جار في الهبة والإقرار والشراء، ونقله المشذالي في حاشيته كما في (ح) في باب الهبة، وبه أفتى ابن سودة رحمه الله حسبما في نوازل العلمي وقوة كلامه تعطي أن هذا هو المعتمد، ويؤيده أيضاً أن الصغير يجب له الحق بشاهد واحد ولا يحلف عنه الأب ولا الولي، وقيل إن اليمين على الواهب. ورجحه ابن البراء حسبما في دعاوى المعيار قائلاً لأن المتصدق يعلم صحة ذلك، ولأنه قد يتصدق فراراً من اليمين ولأن الهبة نقل شرعي فشرطه صحة الملك فإذا لم يتقرر الملك فلا نقل اهـ. وبمثل الأول أفتى ابن الحاج في رجل أقر في دين أنه لا حق له فيه فتوجهت يمين القضاء، وأفتى ابن حمديس وأصبغ بن محمد بمثل الثاني، وأفتى ابن رشد بحلف الواهب فقط في الهبة ويحلف المقر والمقر له

معاً في الإقرار بالدين. قلت: والظاهر على القول يحلف المقر وحده أو حلفهما معاً بطلان الحق بنكول المقر ويلزمه غرمه للمقر له لأن نكوله دليل على أنه قد قبضه وعلى القول يحلف الواهب في هبة الدين أو ما ثبت بشاهد يبطل بنكوله ولا غرم لأنه يقول: وهبت له شيئاً لم يتم ولعله لذلك لم تجب عليه اليمين في القول الأول إذ لا شيء هناك يحمله عليها وحينئذ فيترجح في الإقرار يمين المقر أو هما معاً. وفي الهبة يمين الموهوب له والله أعلم. ويأتي عن البرزلي آخر الباب ما يدل لذلك، وانظر مسألة الإقرار في قول (خ) آخر الشهادات وإن قال لفلان فإن حضر ادعى عليه الخ. ثم أشار إلى من يحلف اليمين مع الشاهد وهو كالتفصيل لما قدمه في قوله ثانية: توجب حقاً مع قسم.

٢٢٣ـ وَالْبَالِغُ السَّفِيهُ بَانَ حَقُّهُ   يَحْلِفُ مع عَدْلٍ وَيَسْتَحِقُّهُ

(والبالغ) مبتدأ **(السفيه)** صفة **(بان)** ظهر **(حقه)** فاعل والجملة حال وجملة **(يحلف)** خبر **(مع عدل)** يتعلق به **(و)** جملة **(يستحقه)** معطوفة على جملة الخبر وشمل السفيه الذكر والأنثى مولى عليه أم لا. فهذا يغني عن قوله الآتي، والبكر مع شاهدها تحلف الخ. وأفهم قوله السفيه أن الرشيد يحلفها بالأحرى، وكذا العبد وسواء كان العبد مأذوناً له أم لا فلو نكل المأذون حلف الطالب وبرىء، فإن غاب أو مات قبل نكوله حلف سيده واستحق كما يحلف ويستحق مع نكول غير المأذون وشمل قوله مع عدل الحقيقي والعرفي كنكول المطلوب ومعرفة العفاص والوكاء في اللقطة على القول باليمين ونحو ذلك مما مرّ، والمراد بالعدل الجنس فيشمل الواحد ويحلف معه والعدلين فيحلف يميني القضاء والاستحقاق ولا يؤخران عنه إلى الرشد لأنهما لدفع التهمة والاحتمال كما مرّ عند قوله وهي يمين تهمة الخ. فهو كالرشيد في هذه الأيمان كلها على ما في الوثائق المجموعة وضيح وغيرهما، وهو المعتمد كما يفهم من النظم، وإنما يختلف حكمه مع الرشيد في النكول فإن السفيه إذا نكل ففي نكوله مع الشاهد يحلف المطلوب ويبقى الشيء بيده إلى الرشد فيحلف ويستحق كما يأتي في الصغير، هذا هو الذي رجحه ابن رشد وصححه الرجراجي وهو قول مطرف وابن كنانة، واختاره ابن حبيب، وبه صدر في التبصرة، وأفتى به أبو الحسن وابن لب حسبما في الدر النثير وأنكحة المعيار، واستظهره الشارح قائلاً لأن بطلان حق السفيه بنكوله مؤد إلى جواز فعله، والفرض أنه غير جائز الفعل، وفي أنكحة المعيار أن التكليف هو مناط اليمين فتتوجه اليمين على السفيه المحجور وإن نكل لا يسقط حقه اهـ.

قال ابن رحال في شرحه: وهذا هو الذي أتقلده ولا أقول بغيره، وذهب ابن القاسم إلى أن حق السفيه يبطل بنكوله مع يمين المطلوب، وبه قرر المختصر شراحه. وفي الزاهي لابن

(والبالغ السفيه بان) أي ظهر **(حقه)** بشهادة عدل **(يحلف مع عدل ويستحقه)** فإن في العتبية يحلف مع شاهده، وإن كان سفيهاً وليس هذا مثل الصبي ههنا، فإن أبى أن يحلف حلف الآخر وبرىء ولم يستأن به كما يستأني بالصغير قال: ولا يكون للسفيه إذا رشد أن يحلف كالكبير المالك لأمر نفسه اهـ. وقيل له ذلك نقله الحطاب، وذكر المحشي أن الثاني هو المعتمد لأن نكول السفيه كإقراره فلا يلزمه، وبه أفتى أبو الحسن. انظر الدر النثير والله أعلم.

شعبان: إن السفيه كالصبي لا يحلف مع شاهده، بل حتى يرشد. ورواه مطرف عن مالك فهذه ثلاثة أقوال في يمينه مع الشاهد وفي نكوله عن يميني القضاء والاستحقاق يقضى له بحقه وتؤخر عنه اليمين إلى رشده، فإن حلف حينئذ استمر قبضه وإلاّ رد ما أخذ فهو يحلفها الآن لئلا يضيع حق الخصم باستمراره في السفه طول عمره، فإن نكل قضي له بالحق وأرجئت اليمين إلى رشده. هذا هو الجاري على ما مرّ من أن الراجح أنه يحلفها الآن وأن نكوله لا يبطل حقه منها بعد رشده، ولا يخالف هذا قول ابن عتاب. وأكثر الأندلسيين تؤخر عنه يمين القضاء ابتداء ولا يخاطب بها في الآن لأنه يلزمهم أن يقولوا بالتأخير بعد النكول بالأحرى، وكذا لا يخالف مفهوم قول الناظم بعد لغير بالغ الخ. لأن معناه حينئذ لا تؤخر عن البالغ ابتداء بل بعد النكول، ولم أقف على من قال ببطلان حقه بالنكول عن يمين القضاء مع يمين المطلوب، وأشعر قوله يحلف مع عدل الخ أنه مدع وأنه إذا كان مدعى عليه وتوجهت عليه يمين الإنكار أو يمين التهمة فلا يمين عليه الآن وهو كذلك خلافاً للأصيلي إذ لا تتوجه اليمين إلا حيث لو أقر المطلوب لزمه، وهنا ليس كذلك. هكذا ذكر المازري وغيره هذه القاعدة وهي لا تعكر على ما تقدم من أن السفيه يحلف مع أن إقراره لا يلزم لأنها خاصة بما يدفع كما مرّ في شروط الدعوى، ولذا قال بعضهم كما في المجالس المكناسية: ضابط يمين السفيه أنه يحلف فيما يقبض لا فيما يدفع. نعم هي ظاهرة على قول ابن عتاب وموافقيه أنه لا يحلف في الوجهين إلى أن يرشد، ولعل المشهور إنما قال: يحلف فيما يقبض لئلا يضيع حق الخصم ببقائه في الحجر كما مرّ، وفهم من قوله لزمه أن دعاوى غير المال كالدعوى عليه بما يوجب عقوبته في بدنه وهو ممن يتهم أو إرادة السفيهة القطع على زوجها الغائب، وأثبتت الموجبات تتوجه عليها اليمين للزومها له بالإقرار كحلفه لرد شهادة الشاهد عليه بالطلاق.

والحاصل أن الدعوى على المحجور بالمال إذا لم تكن بينة لا توجب يميناً الآن فإذا بلغ أو رشد نظر، فإن كانت الدعوى فيما يتعلق بذمته أو بماله والمال باق كان للمدعي تحليفه فإن حلف برىء وإلاّ غرم وإن ذهب المال الذي تعلقت الدعوى به فلا شيء عليه، والذي يتعلق بالذمة هو ما أفسده مما لم يؤمن عليه. هكذا ذكر بعضهم هذا التحصيل في الصغير والسفيه مثله، بل في البرزلي في نوازل المديان ما نصه. ابن سهل: الصواب عندي ما جرى به العمل من المنع من تعلق اليمين بالسفيه، وفي وثائق ابن الهندي ترجأ اليمين عليه إلى إطلاقه، ولو ادعى السفيه على رجل بدعوى فنكل المطلوب فإنه يغرم ولا يحلف السفيه حتى يرشد، وإنما حلف مع الشاهد لإحياء السنة. ابن سهل: والصحيح عندي أن يحلف الآن إذا نكل المطلوب ورد عليه اليمين لأنه رضي بيمينه حين نكل اهـ. وكلام الناظم ظاهر فيما لم يتوله ولي السفيه من المعاملات، أما ما تولاه وليه فإنه الذي يحلف فيه مع الشاهد فإن رد اليمين على المطلوب وحلف برىء وغرم الولي وكذا يغرم إذا ادعى عليه غريم الميت الدفع إليه فرد اليمين على الغريم لجنايته برد اليمين، وهل يغرم القيمة فيما إذا باع له سلعة وأنكر المبتاع أو الأكثر منها ومن الثمن؟ انظر الشارح.

تنبيه: قال في التبصرة: وأما المعتوه فإن المطلوب يحلف ويبرأ وإن نكل غرم، فإن حلف المطلوب ثم بعد ذلك عقل المعتوه فإنه يحلف مع شاهده ويستحق حقه اهـ.

قلت: تأمل قوله ويبرأ مع قوله ثم بعد ذلك عقل المعتوه الخ. فإنه متدافع اللهم إلا أن يقال مراده ويبرأ الآن لا في المستقبل.

٢٢٤ـ وَتُرْجَأُ الْيَمِينُ حُقَّتْ لِلْقَضَا لِغَيْرِ بَالِغٍ وَحَقُّهُ اقْتَضَى

(**وترجأ**) بضم التاء وهمزة آخره مبني للمفعول من أرجأ الأمر إذا أخره (**اليمين**) نائب وجملة (**حقت**) أي أوجبت من حق الشيء إذا أوجبه في موضع الحال (**للقضا**)ء يتعلق به وكذا (**لغير بالغ**) أي تؤخر يمين القضاء إذا أوجبت على غير بالغ لكون دينه على ميت أو غائب (**وحقه**) مفعول بقوله (**اقتضى**) أي عاجلاً، ثم إذا بلغ وحلف استمر القبض. وإن نكل ردّ ما أخذ، وهذا إذا بلغ رشيداً وإلا فقد مر أنه إذا نكل تؤخر عنه إلى الرشد ولا مفهوم لقوله للقضاء، بل يمين غيره من إنكار وتهمة كذلك كما مرّ، ومفهوم غير بالغ أن البالغ لا ترجأ في حقه بل يخاطب بها الآن وهو كذلك لكن إذا نكل وهو سفيه فترجأ كما مرّ.

تنبيه: إذا تعددت يمين القضاء كوجوبها على أحباس المسجد وطلبة العلم والقراءة سقطت قاله (ت) عن أحباس المعيار. قلت: وكذا لو وجبت على من لا يعرف تأديتها بإشارة ولا غيرها كالمعتوه وكذا يمين الاستحقاق. ولا يقال إن الحبس لا يباع فلا تأتي فيه يمين الاستحقاق. لأنا نقول العمل على جواز المعاوضة فيه وهي بيع كما يأتي، وأما إن تعذرت اليمين مع الشاهد كوجوبها على من ذكر أو على من لا تتأتى منه بإشارة ولا كتابة فإن المطلوب يحلف ويبرأ، ورد بأن ظاهر الروايات عدم يمينه فلا أثر لشهادة الشاهد هنا وهو الموافق لقول (خ) وإن قال: داري صدقة بيمين مطلقاً أو بغيرها ولم يعين لم يقض عليه الخ إذ توجه اليمين فرع القضاء، فإن تعذرت من البعض دون البعض كالحبس على بنيه وعقبهم إذ هي متعذرة من العقب متيسرة من البنين الموجودين، فالذي قاله ابن المواز عن أصحاب مالك، وبه صدر المتيطي والباجي وابن شاس أنه كالذي قبله يحلف المطلوب ويبرأ قاله ابن رحال في شرحه. قال: هذا هو الراجح، وقيل يحلف البنون فإن حلفوا كلهم ثبت الوقف، وإن حلف بعضهم فقط ثبت نصيبه فقط، وإن

(**وترجأ اليمين حقت للقضا لغير**) أي تؤخر يمين القضاء إذا وجبت على غير (**بالغ**) لكون دينه على ميت أو غائب أو نحوهما (**حقه اقتضى**) ناجزاً ثم إذا بلغ وحلفها استمر الحكم وإن نكل ردّ ما أخذه قاله في الوثائق المجموعة. **تتمة**: فإن وجبت يمين القضاء على سفيه فهل يحلفها وهو الذي يؤخذ من النظم لمفهوم قوله: لغير بالغ، وكأنه هو المقصود أو ترجأ قولان. قال المتيطي: في المولى عليها تقوم بكالئها المشهور أنها هي التي تحلف، وأفتى ابن عتاب أنها ترجأ عليها اليمين حتى تخرج من الولاية، وتقدم أنه يحلف مع شاهده ولا يحلف يمين الإنكار ولا يمين التهمة لأنه لو أقر لم يلزمه ما أقر به، والقاعدة أن اليمين إنما تتوجه في الدعوى التي لو أقر المدعى عليه فيها انتفع المدعي وهو لا ينتفع هنا، فلا تجب يمين اهـ. وهذه القاعدة ذكرها المازري وهي خاصة بما يثبت بالشاهد واليمين لا دعوى طلاق أو عتق ومقيدة أيضاً بما إذا لم تهدم أصلاً من أصول الشريعة كدعوى المحكوم عليه على القاضي أنه حكم عليه بجور أو على الشاهد أنه شهد عليه بزور فلا يمين.

نكلوا كلهم بطل الحبس إن حلف المطلوب، وبه قرر شراح (خ) قوله: وإن تعذر يمين بعض كشاهد بوقف الخ.

٢٢٥ـ وَحَيْثُ عَدْلٌ لِلصَّغِيرِ شَهِدَا بِحَقِّهِ وَخَصْمُهُ قَدْ جَحَدَا

(وحيث) ظرف مضمن معنى الشرط **(عدل)** مبتدأ سوغه وقوعه في حيز الشرط **(للصغير)** يتعلق بقوله: **(شهدا)** وكذا **(بحقه)** والجملة خبر **(وخصمه)** مبتدأ وجملة **(قد جحدا)** خبره. والجملة معطوفة على الجملة المجرورة بحيث.

٢٢٦ـ يَحْلِفُ مُنْكِرٌ وَحَقٌّ وُقِّفَا إِلَى مَصِيرِ خَصْمِهِ مُكَلَّفَا

(يحلف منكر) فاعل والجملة جواب حيث **(وحق)** مشهود به **(وقفاً)** بالبناء للمفعول خبر عن حق والجملة معطوفة على الجواب قبلها وسوغه الصفة المحذوفة أو العطف **(إلى مصير خصمه)** مصدر مضاف لاسمه **(مكلفاً)** خبر والمجرور متعلق بما قبله يليه.

٢٢٧ـ وَحَيْثُ يُبْدِي الْمُنْكِرُ النُّكُولاَ بُلِّغَ مَحْجُورٌ بِهِ الْمَأْمُولاَ

(وحيث) ظرف كالذي قبله **(يبدي)** بضم أوله **(المنكر)** فاعله **(النكولا)** مفعوله **(بلغ)** بالبناء للمفعول **(محجور)** نائب **(به)** يتعلق ببلغ وضميره للنكول وباؤه سببية **(المأمولا)** مفعول ثان لبلغ، وحاصل الأبيات أن الصغير لا يحلف مع شاهده سواء شهد له بالحق أو ببراءته منه وكذا لا يحلف وليه حيث لم يتول المعاملة وإلا حلف كما مرّ في السفيه، وإنما لم يحلف واحد منهما لأن القلم مرفوع عن الصغير، والقاعدة أن الإنسان لا يحلف لينتفع غيره، وحينئذ فيؤمر المطلوب بالحلف سواء قام الشاهد للصبي وحده أو مع غيره، لكنه في الثانية إنما يحلف على حصة الصبي فإن نكل حكم للصبي بالحق الآن ولا يمين عليه بعد بلوغه، وإن حلف فإن كان الحق في الذمة كطعام ونقد وخيف فقر المطلوب أو كان معيناً كدار وثوب، فهل يوقف بيد أمين

فرع: فإن وجبت يمين القضاء على مسجد أو غيره من الأحباس بحيث لا تمكن سقطت. ذكره في المعيار عن ابن لب، فلو شاء الناظم أن ينبه على ذلك لقال: فإن تعذرت بكل حال كالوقف أسقطها ولا تبال. وكان حق الناظم أن يذكر ما قاله عند الكلام على يمين القضاء لا أثناء الكلام على اليمين مع الشاهد.

(وحيث عدل) واحد **(للصغير)** متعلق بـ**(شهدا بحقه وخصمه)** وهو المشهود عليه **(قد جحدا)** الحق وأنكره فإنه **(يحلف منكر وحق)** قام به شاهد **(وقفا)** بعد أن يكتب القاضي بذلك قضيته ويشهد على ما ثبت عنده من شهادة الشاهد لينفذ من بعده إن مات الشاهد قاله ابن المواز ويوقف **(إلى مصير خصمه)** أي خصم المنكر وهو الصغير **(مكلفا)** فيحلف مع شاهده ويستحق، فإن نكل فلا شيء له ولا يحلف المطلوب ثانية، فإن كان نكل أولاً أخذه الصبي بنكوله مع الشاهد كما قال الناظم: **(وحيث يبدي المنكر النكولا بلغ محجور به)** أي بذلك النكول **(المأمولا)** أي الغرض الذي يؤمله من أخذه المطلوب. والحاصل أن الصبي إذا قام له شاهد لا يحلف معه ويؤمر المطلوب باليمين حيث أنكر، فإن نكل حكم للصبي عليه في الحال ولا يمين بعد وإن حلف وقف الشيء إلى بلوغه، فإن حلف استحق، وإن نكل أخذه المطلوب، ثم ظاهر المصنف وغيره أنه يؤخذ الدين أو غيره من

حتى يبلغ الصبي أو يسلم للمطلوب؟ قولان: لظاهر الموازية وابن حبيب عن الأخوين واستظهر في ضيح الأول، وظاهر ابن رشد أيضاً أنه المذهب لأنه لما ذكر الخلاف في وقف الدين قال: ووقفه في القياس صحيح إذ لو كان المدعي فيه شيئاً بعينه لوجب توقيفه أو بيعه وتوقيف ثمنه إن خشي عليه كالحيوان على ما يأتي لابن القاسم اهـ. وهو ظاهر النظم وضمانه حينئذ من الصبي إن حلف، ومن المطلوب إن لم يحلف لأنه إنما وقف لمن يجب له منهما وعلى كل حال لا بد أن يكتب الحاكم شهادة الشاهد في سجل ويتركها عنده أو يدفعها لوليه صوناً لمال الصبي وخوفاً من موت الشاهد أو طرو فسقه قبل بلوغ الصبي، وعلى القول بإسلامه للمطلوب درج (خ) حيث قال: وحلف مطلوب ليترك بيده وسجل ليحلف إذا بلغ الخ. وقوله ليترك بيده يريد ما لم يخش فقره أيضاً كما هو ظاهر قاله ابن رحال. ويمكن تمشية الناظم على ما في (خ) بأن يحمل الإيقاف على منعه من تفويت المعين ببيع ونحوه لأنه إنما يبقى بيده حوزاً لا ملكاً فإذا حلف الصبي بعد البلوغ أخذه إن كان قائماً أو قيمته يوم الحكم إن فات ولو بسماوي، والغلة للمطلوب ما دام بيده إذ الخراج بالضمان قال في الموازية: ولا يحلف الصغير بعد بلوغه حتى يعلم بالخبر الذي تيقن به (خ): واعتمد البات على ظن قوي.

تنبيه: إذا قام شاهد لمغمى عليه أو مجنون ترجى إفاقته انتظر فإن كانت لا ترجى إفاقته أو تعذرت اليمين من نحو الأصم الأخرس ولو بالإشارة حلف المطلوب كما في مسألة الصبي، وكذا وكيل الغائب يقوم له شاهد فيحلف المطلوب ويترك بيده لقومه، فإن نكل غرم ولم يحلف الغائب إذا قدم كما مر في الصبي.

٢٢٨ـ وَالبِكْرُ مَعَ شَاهِدِهَا تُحَلَّفُ ... وَفِي ادِّعَاءِ الوَطْءِ أَيْضاً تَحْلِفُ

(والبكر) البالغ مبتدأ **(مع شاهدها)** في محل نصب حال **(تحلف)** بضم التاء وفتح اللام

المشهود عليه ويوقف على يد أمين، وهذا قول حكاه ابن رشد ثانياً وقال فيه: ومعنى ذلك عندي إذا لم يكن غنياً وخيف العدم وهو في القياس صحيح قال: وإذا وقف الدين أو العرض فضمانه من الصبي إن حلف ومن الغريم إن نكل ولم يحلف لأنه إنما وقف لمن يجب له منهما اهـ. والقول الآخر إن المشهود عليه يحلف ويترك بيده، ونقله ابن المواز وغيره وهو المشهور (خ): وحلف مطلوب ليترك بيده وسجل ليحلف إذا بلغ وحملوا عليه كلام الناظم.

فرع: مثل الصبي وكيل الغائب يقوم بشاهد فيحلف المطلوب ويترك لقدومه فإن نكل غرم ولم يحلف الغائب إذا حضر. فرع: لو ثبت على ميت دين ووجد الوصي شاهداً بالبراءة منه حلف الطالب واقتضى، فإذا كبر الصغار حلفوا واسترجعوا المال قاله أشهب في العتبية.

(والبكر) البالغ **(مع شاهدها)** إذا لم تجد سواه بحقها **(تحلف)** كما تقدم في السفيه البالغ **(وفي ادعاء الوطء أيضاً)** إذا خلا بها الزوج وأنكره وادعته هي **(تحلف)** لأن معها شاهداً عرفياً كما تقدم. ابن سهل عن ابن لبابة: العواتق الأبكار لا يمين على من لم تطلق منهن من الولاية إلا في شيء يكون لهن به شاهد واحد فإنهن يحلفن معه كما يحلف السفيه، وفي مثل ادعائهن على الأزواج الوطء اهـ. وما تقدم من أن الصبي لا يحلف مع شاهده هو المشهور، ولو كان له أب أو وصي **(وفي سوى**

مشددة مبنياً للمفعول خبر عن البكر (**وفي ادعاء الوطء أيضاً**) منصوب على المصدرية (**تحلِف**) بفتح التاء وكسر اللام مبنياً للفاعل والمجرور يتعلق به، وإنما تحلف في ادعاء الوطء إذا ثبتت الخلوة لأن الدعوى حينئذ صاحبها شاهد عرفي فتحلف لقد أصابها ويتكمل عليه الصداق. تنبيه: اليمين مع الشاهد تكون على وفق شهادته فإذا شهد بإقرار أو غيره فيحلف المشهود له أن الشهادة لحق ولا يلزمه أن يحلف أن ذلك الحق له قبله فإن حلف المطلوب بعد نكول الطالب، ثم وجد الطالب شاهداً آخر لم يضم الأول على المشهور كما في الشامل، لأن الأول قد بطلت شهادته بنكوله ويمين المطلوب، وقيل يضم، قال في المتيطية عن بعض وهو أحسن من يمين فاجرة، وهذا الخلاف إنما هو إذا كانت الشهادة بمال ولم يعلم بالثاني حال القيام للأول أو علمه وكان بعيد الغيبة، فأما إن شهد بطلاق أو صدقة على غير معين فحلف المطلوب ثم قام عليه شاهد آخر ضم للأول اتفاقاً ثم ما تقدم من أن الصبي لا يحلف هو ولا وليه مع شاهده هو المشهور.

٢٢٩ـ وَفي سِوَى المَشْهُورِ يَحْلِفُ الأَبُ ... عـنِ ابـنِـهِ وَحَـلْـفُ الابْـنِ مَـذْهَـبُ

(**وفي سوى المشهور**) يتعلق بقوله: (**يحلف الأب**) فاعل (**عن ابنه**) يتعلق بيحلف أيضاً وهو قول ابن كنانة قال: لأنه يمونه وينفق عليه، وهذا الخلاف إنما هو فيما لم يل فيه الولي المعاملة وإلاَّ حلف كما مرّ وجعل البرزلي مسألة هبة الدين الثابت بشاهد جارية على القولين فعلى أن الأب لا يحلف عن الصغير يحلف الموهوب له، وعلى أنه يحلف فيحلف الواهب، ووقع في كتاب جمعت فيه أقضية مالك والليث أن الصغير يحلف مع شاهده كالسفيه وهو معنى قوله: (**وحلف**) بفتح الحاء مصدر وبكسرها العهد يكون بين القوم، وقد حالفه أي عاهده مبتدأ (**الابن**) مضاف إليه (**مذهب**) خبر وتنكيره يشعر بأنه مذهب شاذ لا يجري على الأصول لرفع القلم عن الصبي اهـ والله أعلم.

باب الرهن وما يتعلق به

من حوز وضمان واختلاف المتراهنين. وهو لغة اللزوم والحبس وكل شيء محبوس فهو رهن قال تعالى: ﴿كل نفس بما كسبت رهينة﴾ [المدثر:٣٨] أي محبوسة والراهن دافعه والمرتهن بالكسر آخذه وبفتحها اسم للمرهون ويطلق أيضاً على آخذه لأنه وضع عنده وعلى الراهن لأنه

المشهور يحلف الأب عن ابنه) لأنه يمونه وينفق عليه قاله ابن كنانة إلا أن يلي الأب أو الوصي المعاملة فيحلفان. ووقع في كتاب جمعت فيه أقضية مالك والليث: أن الصغير يحلف مع شاهده كالسفيه. ابن رشد: وهو بعيد لرفع القلم عنه، فلا يتخرج من الحلف على باطل، وقد أشار له المصنف بقوله: (**وحلف الابن مذهب**) أي ضعيف لا تحتمله القواعد والله أعلم.

باب الرهن وما يتعلق به

من حوز وضمان واختلاف المتراهنين. الرهن لغة الحبس واللزوم قال تعالى: ﴿كل نفس بما كسبت رهينة﴾ [المدثر:٣٨] أي محبوسة، وشرعاً يطلق تارة بالمعنى المصدري وعليه قول (خ) بذل من

سأله أي طلب منه، وشرعاً يطلق تارة بالمعنى المصدري، وعليه قول (خ) الرهن بذل من له بيع ما يباع، وبالمعنى الاسمي، وعليه ابن عرفة حيث قال: الرهن مال قبض توثقاً في دين فتخرج الوديعة، والمصنوع بيد صانعه وقبض المجني عليه عبداً جنى عليه، وإن شاركاه في الأحقية لجواز اشتراك المختلفات في أمر يخصها ولا تدخل وثيقة ذكر الحق ولا الحبيل ولا يخرج ما اشترطت منفعته لأن شرطها لا ينافي قبضه للتوثق اهـ. فالوديعة خرجت بقوله توثقاً وخرج المصنوع والعبد الجاني بقوله: في دين. والأمر الذي شاركا الرهن فيه هو الاختصاص بالشيء دون الغرماء والأمور المختلفة حقائقها قد تشترك في أمر يخصها كاشتراك البيع والشركة في اللزوم في العقد مع اختلاف حقيقتها والهبة والحبس في الحوز مع اختلافهما أيضاً، وإنما لم تدخل أذكار الحقوق لأنها ليست مما يباع وإنما يباع ما فيها كذا قيل، وفيه نظر إذ الرهن يجوز فيما لا يباع كالغرر على أن الأذكار قد يقال إنها تباع ولو للتسفير بها ونحوه، وقد صرح (ز) وغيره بجواز هبتها وعليه عمل الناس اليوم إما لكونها تباع لما ذكر، وأما لكون ربها لا يتوصل لبيع ما فيها من الأملاك أو الديون إلا بها لقول ناظم العمل:

ونسخة خذ من شراء البائع ... لمشتر تنفع في التنازع

وافهم قوله في دين أن الرهن لا يكون في المعينات وهو كذلك ولا يرد أخذ الرهن في العارية لأنه ليس في ذاتها بل في قيمتها إن هلكت، واعترض الوانوغي التعريف المذكور بأنه لا يشمل إلا ما هو مقبوض ولا خلاف أن القبض ليس من حقيقته، بل هو شرط في الاختصاص به اهـ. واعتراضه وارد حتى على قول (خ) بذل الخ. وعلى قول ابن الحاجب إعطاء الخ لأن عبارتهما إنما تشمل ما دفع، ولما اعترض الوانوغي ذلك عرفه بأنه عقد لازم لا ينقل الملك قصد به التوثق في الحقوق اهـ. قلت: ولا يشمل تعريفه الضامن لأن الشيء إنما يسلب عمن شأنه أن يتصف به، وهو المتمولات لأنها التي تتصف بانتقال الملك تارة وعدمه أخرى أي عقد لازم على متمول لا ينقل الخ والله أعلم.

وعرفه الناظم بالمعنى المصدري إلا أنه لا يرد عليه ما ورد على غيره فقال:

له البيع ما يباع الخ. واسماً وعليه ابن عرفة إذ قال: الرهن مال قبض توثقاً به في دين فتخرج الوديعة والمصنوع بين صانعه وقبض المجني عليه عبداً جنى عليه وإن شاركه في الأحقية لجواز اشتراك المختلفات في أمر يخصها، وأشار بقوله في دين إلى أنه لا يكون الرهن في المعينات، وما في المدونة من أنه يصح في العارية معناه في قيمتها إذا هلكت ووجب ضمانها. وقال الوانوغي: الرهن عقد لازم لا ينقل الملك قصد به التوثق في الحقوق. قال: ولا يخفى إشكال تعريف شيخنا لأنه لا يشمل إلا ما هو مقبوض ولا خفاء في المذهب أن القبض ليس من حقيقة الرهن اهـ. قلت: وحده أيضاً صادق بالضمان.

فائدة: قال في التوضيح: الراهن دافع الرهن، والمرتهن بكسر الهاء آخذه، ويقال للرهن مرتهن بفتح الهاء، وقد يطلق على آخذه لأنه وضع عنده، وعلى الراهن لأنه يسأله، ويقال رهنته الشيء وأرهنته والجمع رهان ورهون ورهن.

٢٣٠ـ الرَّهـنُ تَـوْثِـيـقٌ بِـحَـقِّ الـمُـرْتَـهِـنْ وَإنْ حَـوى قَـابِـلَ غَـيْـبَـةٍ ضَـمِـنْ

(**الرهن**) مبتدأ (**توثيق**) خبره والتنوين عوض عن المضاف إليه أي توثيق متمول (**بحق المرتهن**) يتعلق بتوثيق أو بمحذوف صفة له أي: الرهن أن يوثق متمول في حق المرتهن فالتوثيق أعم من أن يكون بالعقد فقط أو به مع القبض، والمراد بالحق الديون وقيم المتلفات كما مرّ. البرزلي عن الغرناطي: يصح الرهن بأربعة شروط. أن لا يكون مما لا يجوز بيعه على كل حال كالميتة، وأن تعاين البينة قبضه، وأن لا يرجع إلى الراهن وأن يكون في كل شيء يمكن استيفاؤه من ثمن الرهن لا فيما شرطه التقابض كالصرف والتصيير والإقالة في رأس مال السلم وبيع الطعام بالطعام ولا في الكتابة ولا في الجعل قبل العمل ولا كل ما فيه حد أو قود ولا فيما لا يضمن كالعارية فيما لا يغاب عليه اهـ.

قلت: ومن الشرط الأول يفهم رهن الآبق وذكر الحق دون ما فيه وكيفية وثيقته أشهد فلان أن في ذمته لفلان كذا من ابتياع كذا، أو من سلف قبضه بالاعتراف أو المعاينة يؤديه ذلك لوقت كذا على أن رهن بيده في ذلك. كذا إن كان داراً أو عقاراً فتذكر حدود ذلك وموضعه، وإن كان عروضاً أو حيواناً وصفته بما لا بدّ منه ثم تقول: رهناً ممنوعاً من الفوت وأسبابه إلى الوقت المذكور، فإن وفاه دينه رجع إليه رهنه وإلاّ كان بينهما موجب الشرع وحاز المرتهن الرهن حوزاً تاماً معاينة بموافقة الراهن وتخليه شهد عليهما الخ. وإن جعل له الانتفاع بالرهن.

قلت: بعد قوله: وتخليه وجعل له الانتفاع بالرهن طول المدة المذكورة لاتفاقهما على ذلك في أصل العقد، وإن فوض له في البيع. قلت: أثر قولك رجع إليه رهنه وإلاّ فقد جعل له بيع الرهن المذكور وصدقه في البيع وأسبابه بما يرى من الثمن، وكيف يرى وقبض الثمن وإنصاف نفسه دون مشورته ولا قاض ولا إثبات سداد غاب أو حضر أقامه في ذلك مقامه في الحياة، ومقام الوكيل المفوض إليه والوصي بعد الممات. وحاز الخ. فإن سقط وصف الحيوان أو العروض أو الأجل أو حدود العقار، واختلفا في المرهون من ذلك ما هو جرى على ما يأتي في اختلاف المتراهنين، وقولنا: ممنوعاً من الفوت الخ. لزيادة البيان وإلاّ فالرهن لا يكون إلا كذلك لأن تلك حقيقته وإن سقطت الحيازة جرى على ما يأتي في قوله: والحوز من تمامه الخ. كما يأتي أيضاً تفصيل ما يجوز فيه اشتراط المنفعة وتفصيل ما يجوز بيعه إن جعله في أصل العقد عند قوله: وجاز في الرهن الخ. وعند قوله: وبجواز بيع محدود الأجل. الخ. والله أعلم.

(**وإن حوى**) شرط فاعله ضمير يعود على المرتهن ومفعوله محذوف (**قابل غيبة**) صفة لذلك المحذوف أي: وإن حاز المرتهن رهناً قابل غيبة وهو ما عدا الحيوان والعقار من الحلي والعروض وغيرهما وادعى ردّ ذلك أو تلفه (**ضمن**) بالبناء للفاعل جواب الشرط وضميره للمرتهن أي:

وقال الناظم (**الرهن توثيق بحق المرتهن**) فمشى على أنه مصدر كقول ابن الحاجب إعطاء امرىء وثيقة بحق، ثم أشار إلى حكمه في الضمان فقال:

(**وإن حوى**) أي حاز المرتهن رهناً (**قابل غيبة**) أي مما يغاب عليه وهو ما عدا العقار والحيوان من الحلي والعروض وغيرهما وادعى أنه ضاع (**ضمن**) للتهمة (**ما لم تقم له**) أي للمرتهن (**عليه**) أي

يضمنه إن مثلياً فمثله، وإن مقوماً فقيمته، وهل تعتبر يوم الضياع أو يوم الارتهان؟ قولان، ولا بد من يمينه لأنه يتهم على إبقائه رغبة فيه فيحلف في دعوى التلف أنه لقد تلف وما دلس، وفي الضياع أنه لقد ضاع ولا يعلم موضعه، والتلف ذهاب العين والضياع غيبتها بسرقة ونحوها. وظاهره أن الضمان يستمر ولو قبض الدين أو وهب وهو كذلك، وظاهره أنه يضمن قابل الغيبة ولو شرط البراءة وهو كذلك. وظاهره كظاهر (خ) وابن الحاجب بطلان الشرط كان في العقد أو بعده وهو ظاهر تعليل الرواية بأنه خلاف السنة كما في الالتزامات. وقيل محل البطلان إن كان في صلب العقد لأن الرهن حينئذ له حصة من الثمن لا بعده فيعمل بشرطه، واعتمده بعض شراح (خ). ومفهوم دعوى أنه لا ضمان عليه فيما لم يحوه كما لو دخل على بقائه بموضعه كزرع قائم في فدانه أو ثمر على أصله أو في جرينه وأعدال في فندق ونحو ذلك، وأحرى لو وقف بيد أمين كما يأتي، ومفهوم قابل غيبة أن ما لا يقبلها لا ضمان عليه وهو كذلك ولو بشرط ثبوته (خ): إلا أن يكذبه عدول في دعواه موت دابته أو غصبها أو سرقتها حضراً أو سفراً أو ريئت عنده بعد اليوم الذي ادعى فيه الموت ونحوه فيضمن حينئذ لظهور كذبه.

ولما كان الضمان للتهمة وهي تنتفي بالبينة على المشهور خلافاً لأشهب قال الناظم:

٢٣١ـ مَا لَمْ تَقُمْ لَهُ عَلَيْهِ بَيِّنَهْ ... لِمَا جَرى فِي شَأْنِهِ مُعَيِّنَهْ

(**ما لم تقم له**) أي للمرتهن (**عليه**) أي على رده أو تلفه (**بينه**) ولو شاهداً مع يمين (**لما جرى في شأنه معينه**) بكسر الياء المشددة اسم فاعل صفة لقوله بينة والمجرور يتعلق بهذه الصفة، «وما» الأولى ظرفية مصدرية، والثانية موصولة واقعة على الرد والتلف بحرق وسرقة ونحوهما أي: شهدت بمعاينة ذلك التلف من حرق أو غرق أو قرض فار ونحو ذلك، وظاهره أن الشهادة بتلك المعاينة كافية ولو لم تقل إن النار ونحوها بغير سببه وهو كذلك على المعتمد لأن الأصل عدم التفريط والعداء خلافاً لظاهرها مع ابن المواز، وفهم من قوله معينة أنها إذا لم تعين ذلك ضمن ولو علم غرق أو احتراق محله المعتاد وضعه فيه كحانوته أو مخزنه، وادعى أنه كان به وهو كذلك على المشهور (خ) مبالغاً في الضمان، ولو شرط البراءة أو علم احتراق محله، وأفتى الباجي والمازري بعدم الضمان في هذه الحالة واحترزت بقولي: وادعى إنه كان به الخ. مما إذا أثبت أنه كان فيه فإنه لا يضمن باتفاقهما مع الغير، ومعنى ذلك أنه إذا أثبت أنه كان بذلك المحل قبل وقت الغرق والحرق، وإلا فهو المعاينة. والظاهر إن علم بسرقة المحل أو غصبه أو

على هلاك الرهن (**بيّنه لما جرى في شأنه**) اللام متعلقة بقوله: (**معيّنه**) وهو صفة لبينة والكل تتميم مستغنى عنه، فإن قامت بينة على هلاكه من غير سببه فلا ضمان عليه قاله ابن القاسم. ورواه عن مالك قال المتيطي: وهو المشهور وبه العمل خلافاً لأشهب بناء على أنه ضمان تهمة أو إصالة فإن كان التلف بتعدي أجنبي فللراهن طلبه، ثم إن أتى برهن ثقة وإلا جعلت القيمة رهناً وطبع عليها ومفهوم قابل غيبة أن ما لا يغاب عليه يصدق فيه المرتهن ولا ضمان عليه فيما زعم هلاكه أو إباقه أو عيبه إلا أن يظهر كذبه أو يكون عطبه بسببه ومفهوم حوى أن ما ليس تحت يده لا ضمان عليه

نهبه بحيث يقطع بأن ذلك ليس من فعل المرتهن كسرقة حوانيت أو فناديق فأس أو نحوها يجري فيه الخلاف المذكور، وقد أفتى المازري في نهب الأسواق بعدم الضمان كما في ضيح والنفس إلى ما قاله الباجي والمازري أميل والله أعلم.

تنبيه: إن جنى أجنبي على الرهن وأخذ الراهن قيمته أو مثله فالمأخوذ رهن إن لم يأت الراهن برهن ثقة، فإن عفا الراهن عن الجاني نفى الدين بلا رهن.

٢٣٢ـ وَإنْ يَكُنْ عِنْدَ أَمِينٍ وُقِفَا فَلاَ ضَمَانَ فِيهِ مَهْمَا تَلِفَا

(وإن يكن عند أمين) يتعلق بقوله: **(وقفا فلا ضمان فيه مهما تلفا)** ظاهره كان مما يغاب عليه أم لا، وهو كذلك. ومن دعا من المتراهنين إلى وضعه عند الأمين أجيب لأن الراهن يقول: لا أرضى بأمانتك والمرتهن يقول: لا أضمنه إن كان مما يغاب عليه، ولا أتكلف مشقة حفظه إن كان مما لا يغاب عليه، وهذا إذا لم يشترط وضعه عند المرتهن أو الأمين في العقد، وإلاَّ فيعمل بالشرط والعادة ليست كالشرط ههنا خلافاً للخمي (خ): والقول لطالب تحويزه لأمين، وفي تعيينه نظر الحاكم، وإن أسلمه إلى الأمين دون إذنهما أو دون إذن أحدهما بأن أسلمه للمرتهن صح أو الراهن ضمنه إن تلف انظر شرح الشامل.

٢٣٣ـ وَالْحَوزُ مِنْ تَمَامِهِ وَإنْ حَصَلْ وَلَوْ مُعَاراً عِنْدَ رَاهِنٍ بَطَلْ

(والحوز) مبتدأ خبره **(من تمامه)** فإن شهدت بينة بالحيازة وفراغ الرهن من شواغل الراهن وشهدت الأخرى بأن الرهن لم يزل بالدار إلى حين التفليس ونحوه، وزعم المرتهن بأنه لا علم له برجوع الراهن بطل الحوز انظر البرزلي في المديان، وتقدم شيء من ذلك عند قوله: وقدم التاريخ الخ. وظاهر النظم أن الحوز شرط في صحة الرهن وليس كذلك، بل هو شرط في الاختصاص به، وحينئذ فيقدر في الكلام حذف أي من تمام اختصاصه به لأن الرهن صحيح حيز أم لا. كما مر أول الباب إلا أنه لا يختص به إلا بالحوز قبل حصول المانع من موت أو فلس أو نحوهما. ابن عرفة: فقبضه شرط خاصية وهي اختصاص المرتهن به، ثم قال عن المازري: وصفة قبضه بنقل التصرف فيه عن راهنه لمرتهنه بما ينقل عنه بجعله تحت يده، وما لا كالربع يصرف التصرف فيه عن راهنه اهـ. وظاهر النظم أنه يبطل بعدم الحوز ولو جدَّ في طلبه

فيه، وقد صرح بهذا المفهوم في قوله: **(وإن يكن)** الرهن ولو مما يغاب عليه **(عند أمين)** متعلق بقوله: **(وقفا فلا ضمان عليه مهما تلفا)** والقول لمن دعا لوضعه عند أمين. فإن كان الراهن فلأنه يقول: لا آمنك عليه وإن كان المرتهن فلأنه يقول: لا أضمنه إن كان مما يغاب عليه ولا أتكلف حفظه إن كان حيواناً. قال الشارح: وعلى هذا إن كان الرهن أصلاً لا يضمن ولا يتكلف حفظه لزم المرتهن قبضه. اللخمي: ولا يلزمه قبض ما يغاب عليه إلا أن تكون العادة تسليمه للمرتهن يعني ودخلا على المساكنة ولم يبينا عند من يكون الرهن فيرجع حينئذ للعادة. **(والحوز من تمامه)** مبتدأ وخبر أي لا يتم الرهن إلا بالحيازة. ابن حارث: اتفقوا على أنه لا يتم الرهن إلا بقبضه، فإن تراخ بقبضه إلى قيام الغرماء بطل ولو كان جاداً في طلبه اهـ. وأفهم قوله: من تمامه أنه قبل الحوز صحيح، وهو كذلك ما لم يطرأ مانع ويجبر الراهن على التحويز.

وهو كذلك بخلاف الهبة، وظاهره أيضاً مجرد شهادة البينة بكونه بيده قبل المانع كاف في الاختصاص به سواء عاينت تسليمه من يد الراهن وهو التحويز، أو لم تعاين ذلك، وإنما رأيته بيده قبل المانع وهما قولان. حكاهما ابن يونس وغيره كما في ضيح، وقيل لا بد من التحويز وقيل يكفي الحوز، بل ظاهر النظم يشمل حتى وجوده بيده بعد المانع وادعى أنه حازه قبله ولم تشهد له بذلك بينة إذ الحوز وضع اليد على الشيء المحوز، وذلك صادق بالأوجه الثلاثة وبصحته في الوجه الأخير. قال مطرف وأصبغ: والمعتمد خلافه (خ) ودعوى الحوز بعد مانعه لا تفيد الخ. وما في ابن ناجي في شرح المدونة في باب الهبة عن ابن عات من أن العمل عليه أي على قول أصبغ ومطرف فيه نظر. لأن ابن عات إنما ينقل عن الاستغناء العمل المذكور في الوجه الثاني، وهو قول ابن الماجشون، واختاره الباجي كما أشار له (خ) بقوله: وهل تكفي بينة على الحوز قبله، وبه العمل أو التحويز وفيها دليلهما وبه شرحه (خ) و(ق) وغيرهما، وبالجملة فالوجه الأخير لا يحمل عليه النظم لعدم القائل بترجيحه أو جريان العمل به، والمشهور من الأولين اشتراط التحويز في الرهن بخلاف الهبة، والفرق بقاء ملك الراهن في الرهن دونها قاله ابن عرفة في باب الهبة والقلشاني وغيرهما. ابن ناجي: وباشتراطه العمل عندنا الرصاع وهو الصحيح.

قلت: اشتراط التحويز الذي هو كون الحيازة بإذن الراهن كما في القلشاني وغيره لا بد أن يكون ما تعاينه تحويز أي بإذن المالك إن كان ذلك الاشتراط لأجل أنه لو لم يأذن لم يجز لقوة يده ببقاء ملكه فواضح وإن كان يقضي عليه ويمكن المرتهن من الحيازة إن استمر على الامتناع حيث كان الرهن معيناً وإن كان غير معين خير البائع في فسخ العقود كما هو المنصوص فيه. فأي فائدة لاشتراطه إذ المرتهن لو حازه بغير إذنه لكان كمن فعل فعلاً لو رفع للحاكم لم يفعل غيره، ولذا لم يشترط في المدونة والرسالة وغيرهما من كتب الأقدمين إلا معاينة الحيازة احترازاً من الإقرار بها كما عليه جمع من شراح الرسالة كالقاضي عبد الوهاب والفاكهاني وغيرهما، واقتصر عليه الفشتالي في وثائقه، ولذا قال ابن ناجي: ظاهر المدونة عدم اشتراطه. قلت: وهو ظاهر قوله تعالى: ﴿فرهان مقبوضة﴾ [البقرة: ٢٨٣] وقال المازري: أي مشروطة القبض بالقصد إخراج للآية عن ظاهرها بعيد من لفظها، وإنما يظهر القول بالتحويز على قول أبي حنيفة والشافعي القائلين إن الرهن لا يلزم بالقول، بل بالقبض فإذا رهنه رهناً فهو بالخيار إن شاء سلم إليه الرهن، فحينئذ يكون لازماً وإن شاء لا يسلمه فلا يكون رهناً ولا يلزمه تسليمه وبالجملة فاشتراطه مع القضاء به عند الامتناع مشكل إذ إذنه بالقضاء كالعدم لأنه مقهور ويلزم عليه التحكم لأن التعليل ببقاء الملك يوجب أن لا يجبر، ولذا استدل ابن عرفة على عدم اشتراطه بكون الواهب يقضى عليه بالحيازة فانظره، وحينئذ فليس لنا في اشتراطه إلا مجرد التقليد، وظاهر اشتراطه أنه لا يكفي تحويز الأجنبي للمرتهن بغير إذنه، وقد نص في المدونة على أن الهبة لا تصح بحوز الأجنبي بغير إذن الموهوب له، والرهن أشد منها فقوله: والحوز على حذف مضاف وصفة أي: ومعاينة الحوز المستمر يدل على الصفة قوله: **(وإن حصل)** شرط وضميره للرهن **(ولو معاراً)** خبر كان المحذوفة مع اسمها بعد لو وجواب لو محذوف لدلالة إن عليه لأنه

(وإن حصل) الرهن **(ولو معاراً عند راهن)** أي فإن استقر الرهن عند الراهن ولو على وجه

مؤخر من تقديم **(عند راهن)** يتعلق بحصل **(بطل)** جواب إن أي إن الرهن إذا حصل عند الراهن، ومن في حكمه ممن للراهن تسلط عليه كمحجوره وزوجته ورقيقه ولو مأذوناً أو ذا شائبة ومثله صديقه الملاطف بأي وجه من عارية أو إيداع أو إجارة بطل اختصاص المرتهن به حيث حصل المانع من موت أو فلس أو قيام الغرماء وهو لا زال بيد من ذكر لأن هؤلاء لا يصح توكيلهم على حيازته، وحصوله عندهم على الوجه المذكور توكيل في الحقيقة. ألا ترى أن الإيداع توكيل لحفظ مال وعقد الإجارة والعارية للمحجور كعقدهما للحاجر بحولان يده والزوجة كالمحجور، وكذا الملاطف على المعتمد فيهما من أنه لا يصح توكيلهما على حوزة بخلاف من لا تسلط للراهن عليه كمكاتبه وولده الرشيد البائن عنه وأخيه (خ): وصح بتوكيل مكاتب الراهن في حوزه وكذا أخوه على الأصح لا محجوره ورقيقه الخ. وظاهره عدم كفاية حوز المحجور ولو بائناً عنه. وقال ابن رشد: والقياس استواء الولد الصغير والكبير في صحة حيازتهما إن كانا بائنين عنه كاستوائهما في لغو حيازتهما إن كانا ساكنين معه، وكذا الزوجة والأخ إن كانا بائنين عنه، ونص عليه ابن الماجشون في الزوجة وكذا إن كانا ساكنين معه وحازا الرهن في غير موضع سكناهما اهـ بنقل ابن عرفة، ومثله في النهاية فالضمير في بطل يرجع للرهن على حذف مضاف أي: وإن حصل الرهن عند راهن أي ومن في حكمه لأن حصوله بيد في حكمه كحصوله بيده بطل اختصاصه بالمرتهن لا أنه يبطل من أصله بدليل أنه إن قام لأخذه ممن ذكر قبل فوته بتحبيس أو عتق أو رهن أو بيع أو قيام المانع كان له ذلك، وفهم منه أنه إن حصل عند غير الراهن ومن في حكمه بشيء مما ذكر فأكراه الغير للراهن أو أعاره إياه أو أودعه إياه فإن الرهن لا يبطل، وهو كذلك حيث لم يتهم ذلك الغير على أنه اكتراه أو أعاره ليكريه أو يعيره للراهن. قال في التبصرة: ولا يكري المرتهن الرهن من قريب الراهن ولا لأحد من سببه ولا لصديقه الملاطف ولا لأحد يتوهم أن يكون اكترى ذلك للراهن، فإن أكراه لواحد من هؤلاء ثم أكراه للراهن خرج الرهن من الرهنية للتهمة الداخلة فيه من إجازته ممن يتهم عليه اهـ. ونحوه في النهاية قال فيها: ولا ينبغي أي للمرتهن أن يكريه من الراهن ولا لأحد يكون من سببه بصداقة أو قرابة لئلا يكري المكتري ذلك من ربه فيخرج الرهن من يد مرتهنه للتهمة الداخلة في الرهن، وإذا أكراه المرتهن لأجنبي ليس بذي قرابة ولا صداقة فاكتراه الراهن من الأجنبي لم يضر ذلك المرتهن ولم يوهن رهنه اهـ. ففهم من هذا النص أنه لا خصوصية للكراء بهذا الحكم، بل المدار على التهمة وهي فيما لا عوض فيه كالعارية وقبوله بالإيداع أقوى، وأنه

العارية من المرتهن **(بطل)** الرهن. قال ابن القاسم: ومن ارتهن رهناً فقبضه ثم أودعه عند الراهن أو أجره منه أو أعاره إياه أو رده إليه بأي وجه حتى يكون الراهن هو الحائز له، فقد خرج من الرهن، ثم إن قام برده فله ذلك ما لم يدخله فوت من تحبيس أو عتق أو بيع أو قام غرماؤه. (خ) وغصباً فله أخذه مطلقاً، وصح الحوز بتوكيل مكاتب الراهن في حوزه، وكذا أخوه على الأصح لا محجوره ورقيقه اهـ أو صديقه الملاطف، وكذا لو أكرى المرتهن بعد حوزه الدار لواحد من هؤلاء فوقعت بيد الراهن بطل الحوز بخلاف ما لو أكراها لأجنبي إلا أن يعلم ويسكت إلى حصول المانع.

حيث وجدت التهمة يبطل حيث أكراه للراهن كان قريباً أو أجنبياً بدليل قوله: ولا لأحد يتهم الخ. لأن العطف يقتضي المغايرة. وقوله: من هؤلاء يعني من القريب والملاطف والأجنبي المتهم فإن كان الأجنبي غير متهم فأكراه للراهن فلا بطلان، وبه العمل قاله (ح).

قلت: ما به العمل هو المعتمد. قال ابن عرفة عن ابن القاسم: من ارتهن داراً ثم أكراها بإذن ربها من رجل، ثم أكراها الرجل من راهنها، إن كان الرجل من سبب الراهن لزم الكراء وبطل الرهن ما دامت الدار بيد راهنها، وإن كان أجنبياً عنه فذلك جائز. ابن رشد: هذا إن علم أنه من سببه وإلا فقولان مخرجان على القولين في حنث من حلف لا باع من فلان فباع ممن اشترى له وهو من سببه اهـ. قال: وإنما صح الرهن في الأجنبي لأن المرتهن حينئذ مغلوب اهـ.

قلت: وهو يدل على أنه لا بد أن يعلم بملاطفته للراهن أو بكونه متهماً به فيما مر عن التبصرة وإلا جرى القولان. وكذا يدل أيضاً على أنه لا بد أن يعلم بكونه محجوراً في مسألة توكيله أو الكراء له فتأمله والله أعلم. وقوله في النص: بإذن ربها لا مفهوم له ولعله إنما قيده به لأن الغلة للراهن، وقد نص أبو الحسن عن ابن المواز على أن المرتهن لا يكري الرهن إلا بإذن الراهن إلا أن يكون على ذلك ارتهنه أو يشترط أن كراءه رهن مع رقبته. البرزلي: وبه الحكم. وروى ابن عبد الحكم أن له أن يكريه دون إذن ربه. أبو الحسن: لأن الراهن لما كان ممنوعاً من التصرف فيه فكأنه أذن للمرتهن في ذلك اهـ. وقد علمت مما مر أول التقرير أن الملاطف يبطل الرهن بحصوله عنده، ولو لم يكره للراهن فما في التبصرة لعله مبني على القول المقابل فيه وهو أنه يصح توكيله ولا يبطل بحصوله عنده، بل حتى يكريه للراهن ثم ما قبل المبالغة في النظم يشمل الإجارة والوديعة ولا يشمل الغصب لأنه لا يبطل الرهن، ولو فات بعتق ونحوه أو قام الغرماء (خ): وغصب فله أخذه مطلقاً وما تقدم من أن للمرتهن أخذه إن قام قبل الفوت والمانع

(فرع): لو وجد الرهن بيد المرتهن بعد موت راهنه وقال: حزته في حياته وصحته فهل ينفعه ذلك؟ قال ابن سلمون: وبه العمل أولاً وهو المعتمد (خ): والحوز بعد مانعه لا يفيد ولو شهد الأمين أي دعوى المرتهن ونحوه أنه حاز قبل حصول المانع لا تفيد فإن أقام بينة فهل يكتفي بشهادتها أن الشيء كان بيده قبل حصول المانع. قال ابن عتاب: وبه العمل ووجهه الباجي بأنه صار مقبوضاً أو لا بد أن تشهد بالتحويز وهو تسليم الراهن الرهن للمرتهن وإذنه له في حوزه. القلشاني: المشهور اشتراط التحويز في حيازة الرهن، ومعنى التحويز أن تكون الحيازة بإذن الراهن والشاذ عدم اشتراطه كالمشهور في الهبة والفرق بقاء ملك الراهن للرهن اهـ. ونحوه لابن عرفة والرصاع، ولذا قال (خ) في الهبة: وحيز وإن بلا إذن وقال في الرهن: وهل تكفي بينة على الحوز قبله، وبه عمل أو التحويز وفيها دليلهما، واعترض الشارح وابن غازي قوله وفيها دليلهما بأن ابن راشد إنما قال ذلك في المسألة الأولى، وهي ما إذا وجد الرهن بيد المرتهن بعد التفليس ولم يكن إلا مجرد قوله: ورد عليهما الحطاب بأن لفظ المدونة في عين المسألة قابل للقولين كما قاله (خ) رحمه الله.

تنبيه: افهم كلام القلشاني ومن معه أن الخلاف في التحويز في الرهن والهبة معاً فما يكتبه الموثقون فيهما من قولهم: وبسط يده على الحوز الخ. لا يكون جهلاً بل بناء على الاحتياط ومراعاة للخلاف.

محله في الإجارة إن انقضت مدتها أو لم تنقض وقال: جهلت أن ذلك نقض لرهني ومثله ممن يجهل وحلف، فحينئذ يأخذه إن لم تقم الغرماء كما للخمي وإلاَّ فلا يأخذه. وفي العارية إن انقضى أجلها المحدود بزمن كجمعة أو عمل كإذا فرغت من حاجتك أي ولم تقم الغرماء قبل الأجل ولا عنده، وإلاَّ فهو إسوتهم، والظاهر أنه إن قال: جهلت أن ذلك نقض لرهني يجري هنا أيضاً.

قلت: وهذا الذي ذكره اللخمي من أنه يأخذ إن قال: جهلت الخ. نحوه لابن زرب فيمن وهب داراً فأعمر فيها واهبها مدة حياته، ثم أراد العمرى خوف بطلان هبته قال: فله ردها إن كان ممن يرى أنه يجهل بطلان هبته وإلاَّ فلا. قال ابن عرفة عقبه: وإبطاله العمرى مع الجهل فيه نظر وإلاَّ ظهر نزعها من يد الواهب وإكراؤها من غيره لإتمام الحوز كقولها في مدبر الذمي يسلم أنه ينزع من يده ويؤاجر عليه وكذا أم ولده اهـ فانظره. وأما إن لم تؤجل بواحد منها بطل الرهن من أصله (خ) وبطل بعارية أطلقت وعلى الرد اختياراً له أخذه الخ.

فإن قلت: كيف تتصور الإجارة والغلة إنما هي للراهن؟ قيل: يحمل ذلك على ما إذا كان المرتهن اكتراه ثم أكراه للراهن أو على ما إذا اشترط المرتهن منفعته كما يأتي وكذا العارية.

تنبيهات. الأول: مفهوم قوله: وإن حصل أنه إذا لم يحصل لم يبطل الرهن، ولو أذن المرتهن للراهن في السكنى والاعتمار فلم يفعل وليس كذلك، بل يبطل بمجرد إذنه كما في المدونة. البرزلي وغيره: وبه الحكم وعليه عول (خ) حيث قال: وبإذنه في وطء أو إسكان الخ. فمفهوم المصنف فيه تفصيل، وإذا بطل الرهن بمجرد الإذن بقي دينه بلا رهن وليس له أخذه إذا رجع عن إذنه ولو قبل حصول المانع لأن عقد الرهن كما يلزم بالقول يسقط به. قال المازري: وظاهر رهون المدونة أنه لا يبطل بمجرد الإذن بل حتى يسلمه للراهن. البرزلي: وهو أحسن إن شاء الله.

الثاني: إذا كان الرهن يحتاج لموضع يوضع فيه فهل كراء الموضع على ربه أو على المرتهن؟ قال بعض الشيوخ: فأما الكثير من الطعام والمتاع والعدد من العبيد فالكراء في ذلك على الراهن كما قاله مالك في العتبية: وأما مثل الرأس من العبيد وشبهه كالثوب ونحوه مما يحوزه الرجل في منزله فقال مالك: لا كراء فيه وهو معارض لقول ابن القاسم في المدونة على الأب للحاضنة السكنى مع النفقة وموافق لقوله في الدمياطية: لا سكنى لها فالخلاف في ذلك جار على الخلاف في الحاضنة فيجب على هذا أن ينظر فإن كان المرتهن اشترط كون العبد بيده فحازه في بيته لا يكون له كراء، وإن كان الراهن دفعه له بطوعه كان له الكراء قاله في المتيطية. قال فيها أيضاً: وإذا عطل المرتهن الرهن ولم يكره حتى حل الأجل فقال أصبغ: لا شيء عليه. قال فضل: وهو أصل ابن القاسم. وقال ابن الماجشون: يضمن كراء المثل من يوم الارتهان ما لم يكن الراهن عالماً بذلك ولم ينكر، وكذا الوكيل على الكراء يترك ذلك لا غرم على قول أصبغ كما في ابن عرفة، وانظر ما يأتي في الحبس إذا فرط الناظر في إكرائه وما مر عن المتيطية من أن قول أصبغ هو أصل ابن القاسم مخالف لما في ابن راشد أن قول ابن الماجشون هو أصل ابن القاسم قال: وهو الأصح. ونقله في ضيح مسقطاً قوله وهو الأصح، ونحو ما لابن راشد في شرح

اليزناسني عند قول الناظم: وجاز في الرهن اشتراط المنفعة الخ. ثم وقفت على أبي الحسن في باب الغصب قال: يقوم من قول ابن القاسم بأن الغاصب لا يضمن ما عطل من كراء الدار أن من وكل على ربع فتركه ولم يكره لا شيء عليه كالمرتهن إذا ترك إجارة الرهن، ويقوم من قول ابن الماجشون فضمان ما عطله الغاصب أن الوكيل يضمن. ابن ناجي: وذكرت هذه الإقامة في درس ابن عرفة فلم يرتض ذلك مفرقاً بأن الوكيل كالمكتري والمستعير فيلزمه أن الوكيل له الإذن بخلاف الغاصب، وأما شيخنا أبو مهدي فسلم ذلك وأقام منها مسألة أخرى وهو أنه يلزم الوصي الغرم إذا بور ربع اليتيم وقد وجد من يكريه، وقد نص ابن سهل على عدم الغرم اهـ. وبه تعلم أن ما قاله المتيطي من أن أصل ابن القاسم موافق لأصبغ هو الصواب، وتأمل عدم تسليم ابن عرفة للإقامة المذكورة مع أنه درج عليها في باب الرهن كما تقدم عنه قريباً وإقامة أبي مهدي جارية على قول ابن الماجشون، ونص ابن سهل جار على قول ابن القاسم.

الثالث: قال في المتيطية أيضاً: وإذا كان في الدار بيتان فسكن ربها واحداً ورهن الثاني وما يليه من الدار فأكراه المرتهن أو أغلقه فذلك رهن مقبوض إذا حد له نصف الدار، وإن سمي النصف يريد مع تسمية البيت ولم يحده كان أيضاً حوزاً. قال بعضهم: وهو مذهب المدونة. وقال أصبغ: واستحسنه فضل اهـ. فيفهم منه أنه إذا لم يحد له النصف ولا سمى له البيت بطل الحوز وعليه فما يقع كثيراً في هذا الأوان من رهن بعض البيوت من غير تحديد ولا تسمية باطل ولا مفهوم للنصف بل الربع المحدود ونحوه كذلك والله أعلم.

٢٣٤ـ وَالْعَقْدُ فِيهِ لِمُسَاقَاةٍ وَمَا أَشْبَهَهَا حَوْزٌ وَإِنْ تَقَدَّمَا

(والعقد) مبتدأ **(فيه)** أي في الرهن يتعلق بالمبتدأ وكذا قوله: **(لمساقاة وما أشبهها)** مما فيه معاوضة كإجارة وكراء لا نحو إعارة أو إرفاق لأنه هدية مديان فإن وقعا وحاز بهما فالظاهر أن ذلك حوز ويرد المنافع، وهذا إن تأخرا عن الرهن لا إن تقدما فيجوز، وكذا الوديعة تجوز مطلقاً فإن كان الشيء وديعة عند شخص فيجوز رهنه لآخر بشرط أن يرهن جميعه وأن يعلم بذلك المودع فيحوزها للمرتهن، ويجوز أن تكون ما موصولة أو مصدرية وعلى كل حال معطوفة على مساقاة **(حوز)** خبر المبتدأ والواو في قوله: **(وإن تقدما)** واو النكاية وجواب الشرط محذوف لدلالة ما تقدم عليه أي هذا إن تأخرت المساقاة وشبهها عن الرهنية، بل وإن تقدما. وظاهره أن العقد فيه بما ذكر حوز سواء كان العاقد هو الراهن أو الأمين الموضوع عنده الرهن وهو كذلك. ابن القاسم: من رهن حائطه فوضعه عند أمين فعقد الأمين فيه المساقاة لرب الدين جاز ونقله ابن عرفة وغيره، وإذا جازت مساقاة الأمين للمرتهن مع أنه نائب عن الراهن فكيف بجوازها من

(والعقد فيه) أي في الرهن **(لمساقاة وما أشبهها)** كإجارة **(حوز)** هذا إن تأخرت المساقاة وشبهها عن الرهن بل **(وإن تقدما)** كأن يكون الحائط بيده مساقاً أو الدار مستأجرة ثم يرهنها وهذه هي المنصوصة (خ): والمستأجر والمساقي وحوزهما الأول كاف، ونقلها ابن يونس عن ابن القاسم، وأما الأولى فلم أقف فيها على نص ويظهر من كلام الشارح أنها أحرى لأنه إذا كان عقد المساقاة المتقدم على الرهن حوزاً للراهن فأحرى عقد المساقاة المتأخر عن الرهن أن يكون حوزاً للمرتهن، ولذلك غيا الناظم بتقدم المساقاة ونحوها على الرهن لأنه محل الخلاف قاله (م).

الراهن للمرتهن فلا معنى لتوقف (م)، على أن ابن سلمون قد صرح بذلك وأصله لابن عات كما في البرزلي، لكن لا بد أن يساقيه أو يكريه بغير مسامحة وإلا جرى على مبايعة المديان وإنما نص الناظم على هذه المسألة وإن كانت داخلة تحت البيت قبله إذ العقد بما ذكر غير كاف بمجرده، بل لا بد من الحيازة بالفعل للرد على قول مالك في الموازية أن من ارتهن ما في يده بمساقاة أو كراء قبل فراغ أجله لا يكون محوزاً للرهن لأنه محوز قبل ذلك بوجه آخر، ولذا بالغ عليه الناظم واقتصر عليه (خ) حيث قال: والمستأجر والمساقي وحوزهما الأول كاف لأن هذه الصورة هي محل الخلاف فهي المقصودة بالتنصيص، وأشعر قوله حوز أي حوز المرتهن لأن الكلام في حوزه أنه إن عقد ما ذكر لغيره وغير نائبه لا يختص به لأن هذا الغير حائز لحق نفسه، وسواء تقدم عقد الرهن على المساقاة ونحوها أو تأخر بدليل التعليل المذكور. نعم نص في الموازية على أن المرتهن إذا جعل مع ذلك الغير رجلاً يحوز له أو جعلا الرهن تحت يد من يرضيانه صح، ويفهم منه أنه لا تصح حيازة ذلك الغير ولو بتوكيل المرتهن وهو كذلك. قال مالك: جعله بيد المساقي أو أجير له يبطل رهنه، ثم اعلم أنه يشترط في المرهون فيه أن يكون ديناً في الذمة لازماً أو آيلاً للزوم فتخرج الأمانة كالقراض والمعينات ومنافعها، فلا يصح الرهن في العارية ولا في منافع دابة معينة وإن وقع فهو فيه أسوة الغرماء، وما ورد من أنه يصح في العارية فمعناه أنه في قيمتها إن هلكت كما مرّ. ودخل بالآيل للزوم الجعل والإجارة ونحوهما فيجوز أن تجاعله على طلب الآبق وتدفع له قبل العمل رهناً فيما يجب له من الجعل إن تم العمل، وليس لك أن تأخذ منه رهناً في العمل لأنه ليس لازماً ولا آيلاً إليه إذ لا يلزمه ولو بعد الشروع، وبهذا تعلم ما في كلام الغرناطي المتقدم، وكذا يجوز أن تدفع رهناً الآن فيما تقترضه في المستقبل لأنه يؤول للزوم (خ): وارتهن أن اقترض أو باع أو يعمل له، وإن في جعل لا في معين أو منفعة ونجم كتابة من أجنبي الخ. وأما شرط المرهون فهو ما أشار له بقوله:

٢٣٥- وَالشَّرْطُ أَنْ يَكُونَ مَا يُرْتَهَنُ مِمَّا بِهِ اسْتِيفَاءُ حَقٍّ يُمْكِنُ

(والشرط) مبتدأ وأل فيه عوض عن الضمير أي وشرطه أي شرط صحة عقده، ويجوز أن يكون على حذف المتعلق أي والشرط فيه أي في صحة العقد عليه **(أن يكون ما)** موصول اسم يكون **(يرتهن)** بضم الياء وفتح الهاء ونائبه يعود على الموصول **(مما)** يتعلق بمحذوف خبر يكون

قلت: في ابن سلمون ما نصه: وإن كتب الراهن للمرتهن في الكرم والجنان مساقاة وفي الأرض والدار كراء بعد عقد الرهن كان ذلك أتم للراهن وأصح في حيازته، فإن اكتراه أو ساقاه فيه قبل الرهن ثم ارتهنه بعد ذلك جاز أيضاً، وكانت حيازة للرهن. وقال ابن المواز عن مالك: لا يكون رهناً لأنه محوز قبل ذلك بوجه آخر، وبالأول قال ابن القاسم اهـ. **قلت:** وظاهر كلامه وكلام الناظم أن مجرد العقد للمساقاة ونحوها المتأخر عن الرهن كاف في حوز الرهن، وإن لم يحز بالفعل ولا قبض حتى طرأ المانع وهو غير ظاهر، بل لا بد من الحوز بعد العقد على ما يفهم من قولهم. وحوزهما الأول كاف.

(والشرط) في الاستبداد بالرهن **(أن يكون ما يرتهن)** أي الشيء المرهون **(مما به استيفاء حق يمكن)** أي شرط الرهن أن يكون مما يمكن استيفاء الحق من عينه كالدراهم والدنانير المطبوع عليها أو

(به) يتعلق بالمبتدأ الذي هو **(استيفاء حق)** والباء بمعنى من ويجوز أن يتعلق بقوله: **(يمكن)** بضم الياء خبر عن استيفاء وهو أظهر، والجملة صلة الموصول الثاني، والجملة من كان واسمها خبر الأول أي شرط صحة الرهن أن يكون المرهون مما يمكن استيفاء الحق منه أو من ثمنه أو من ثمن منافعه قاله ابن شاس وغيره، فالأول كالدراهم والدنانير المطبوع عليها، والثاني كالعروض والحيوان والعقار ولو في بعض الأوقات ليدخل الآبق ونحوه، والثالث كالمدبر أي ويستوفي الدين من خراجه كما في المدونة ولا سبيل إلى بيع المدبر قبل موت السيد في الدين المتأخر عن التدبير حيث لم تف غلته به بخلاف السابق عليه، وبالجملة فيجوز رهن رقبته في الدين المتأخر على أن تباع بعد الموت، وفي السابق على أن تباع مطلقاً لبطلان التدبير كما قيل:

ويبطل التدبير دين سبقا إن سيد حي وإلا مطلقا

وإن رهنه ولم يشترط شيئاً فالظاهر الصحة، ويحمل في المتأخر على ما بعد الموت وفي السابق على الإطلاق، وكذا يجوز رهن غلة الدار والغلام وتحاز بحوز الرقبة لأن قبض الغلة إنما يكون بقبض أصولها ونفقة الغلام على الراهن، وإنما على المرتهن مجرد التولية لئلا تجول يد الراهن وتوضع تلك الغلة عند أمين أو عند المرتهن ويطبع عليها إن لم تعرف بعينها، ثم لا يكون للمرتهن من قيام الغرماء إلا الغلة خاصة، وكذا يقال بالوضع في خراج المدبر والله أعلم. فلو كانت الدار أو العبد حبساً على الراهن جاز له رهن غلتهما لا رقبتهما فإن وقع ورهن الرقبة وظهر بعد الرهنية حبسهما، فهل ينتقل الرهن لغلتهما؟ قولان. وقد قال ناظم العمل:

ورهن منفعة حبس جائز ممن له وهو لأصل حائز

٢٣٦ـ فَخَارِجٌ كَالْخَمْرِ بِاتِّفَاقِ وَدَاخِلٌ كَالْعَبْدِ ذِي الإِبَاقِ

(فخارج) عن الضابط المذكور ما لا يمكن الاستيفاء منه شرعاً **(كالخمر)** والخنزير وظاهره سواء كانا لمسلم ورهنهما عند مسلم أو ذمي لذمي ورهنهما عند مسلم فيبطل الرهن **(باتفاق)** وإراق الحاكم الخمر على مالكها المسلم ويبقى الدين بلا رهن حيث وقع العقد عليها بعينها فإن تخللت كان المرتهن أحق بها ولا تراق على مالكها الذمي، بل ترد إليه والمرتهن أسوة الغرماء فيها ولو قبضها قبل المانع لعدم جواز ذلك في الأصل كما لأشهب، وأدخلت الكاف جلد الميتة الذي لم يدبغ اتفاقاً أو دبغ على المشهور، وكذا يدخل جلد الأضحية والجنين على المشهور والثمرة التي لم تخلف والزرع الذي لم يظهر، ونحو ذلك لكثرة الغرر في الجنين وما بعده على ظاهر المدونة. وقال ابن حارث: اتفق ابن القاسم وابن الماجشون على جواز ارتهان الثمرة التي لم تظهر ومثلها الزرع الذي لم يظهر. ابن عرفة: وهو ظاهر الروايات اهـ. فالراجح في الزرع والثمرة الجواز مطلقاً قاله ابن رحال في الشرح. **(وداخل)** في الضابط المتقدم **(كالعبد في الأباق)** لأنه يمكن

من ثمنه إذا بيع كالعروض وغيرها **(فخارج)** عن الجواز ما لم يمكن الاستيفاء منه شرعاً **(كالخمر)** والخنزير **(باتفاق)** قال في المدونة: لا يجوز لمسلم أن يرتهن من ذمي خمراً أو خنزيراً. قال أشهب: فإن قبضه ثم فلس الذمي فهو فيه إسوة الغرماء لأنه لم يجز في الأصل.

(وداخل) فيما يجوز رهنه **(كالعبد ذي الأباق)** لأنه يمكن الاستيفاء منه إذا قبض فيباع، وكذا

الاستيفاء منه فيباع إذا قبض. قال في المدونة: ويجوز رهن ما لا يجوز بيعه في وقت ويجوز بيعه في وقت آخر، وأدخلت الكاف البعير الشارد والثمرة التي لم يبد صلاحها به والتي لم تظهر على ما تقدم أنه الراجح بخلاف الجنين فلا يجوز لقوة الغرر فيه باحتمال وجوده وعدمه والآبق موجود، ومحل المنع فيه إن كان رهنه في صلب العقد والأجاز بلا خلاف، ولا يتم الحوز في ذلك إلا بقبض الآبق والشارد قبل المانع ويقبض رقبة النخل والأرض ويتولى المرتهن أو نائبه سقي النخل وعلاج الزرع وأجر السقي على الراهن كما أن عليه نفقة العبد والبعير الشارد، وإنما تولى المرتهن ذلك لئلا تجول يد الراهن، وإنما جاز الغرر في نحو الآبق لأن القاعدة أن كل ما جاز بغير عوض جاز فيه الغرر كالطلاق والهبة والرهن، فإذا لم يظفر بالآبق ونحوه فكأنه طلق بغير عوض أو باع بلا رهن ابتداء وذلك جائز، وأدخلت الكاف الدين أيضاً فإنه يجوز رهنه سواء كان على المرتهن أو على غيره، لكن إن كان على الغير فلا بدّ من قبض وثيقة ليتم الحوز وإن لم تكن وثيقة اكتفى بالإشهاد، ولا يشترط إقرار ذلك الغير بالدين ولا حضوره ولا كونه ممن تأخذه الأحكام بخلاف البيع في ذلك والفرق أن الغرر في الرهن جائز كما مرّ.

تنبيه: إذا أدى شخص خراجاً على ربع لئلا يأخذه السلطان وربه غائب، فالمؤدي للخراج مقدم على الغرماء إذ لولا الخراج لأخذ الغاصب الرباع كمن فدى متاعه من أيدي اللصوص فهو أحق به. قاله التونسي وغيره انظر البرزلي.

٢٣٧ـ وَجَازَ فِي الرَّهْنِ اشْتِرَاطُ المَنْفَعَهْ إلاَّ فِي الأَشْجَارِ فَكُلٌّ مَنَعَهْ

(**وجاز في الرهن اشتراط المنفعه**) فاعل جاز وفي الرهن يتعلق به (**إلا**) حرف استثناء والمستثنى منه العموم الذي في أل الاستغراقية أي جاز اشتراط المنفعة في كل رهن إلا اشتراطها (**في**) رهن (**الأشجار فكل**) مبتدأ سوغه العموم وجملة (**منعه**) خبره بخلاف الدار والأرض ونحوهما فيجوز اشتراط منفعتهما مجاناً إذا ارتهنهما في ثمن سلعة باعها له إلى أجل معلوم وذلك بيع وإجارة لأن بعض السلعة في مقابلة الثمن وهو بيع وبعضها الآخر في مقابلة المنفعة وهو إجارة فتشترط شروطها التي أشار لها (خ): في قوله بمنفعة تتقوم قدر على تسليمها بلا استيفاء عين قصداً ولا حظر الخ. ولذا منعت في الأشجار ولبن الحيوان لما فيها من استيفاء العين وهو

البعير الشارد والثمرة التي لم يبد صلاحها (خ): الرهن بذل من له البيع ما يباع أو غرراً، ولو اشترط في العقد، وقيل لا يجوز رهن ما فيه غرر في صلب العقد بناء على أن للرهن حصة من الثمن، وإنما يختص بالآبق ونحوه إذا قبض قبل موت صاحبه أو فلسه (**وجاز في الرهن اشتراط المنفعه**) أي يجوز للمرتهن أن يشترط الانتفاع بالرهن لنفسه دون شيء يلزمه فيه كأن يبيعه سلعة بمائة إلى سنتين، ويرتهن منه داره أو حانوته ويشترط عليه سكناها في جميع المدة مثلاً (خ): وجاز شرط منفعته إن عينت ببيع لا قرض وهو من باب الإجارة مع البيع، فلا بد من اعتبار شروطها ولذلك قال: (**إلا في الأشجار**) أي إلا أن تكون المنفعة المشترطة ثمر الأشجار (**فكل منعه**) لما فيه من بيع الثمرة قبل وجودها أو قبل طيبها أو هما، ولذا إذا كانت موجودة بدا صلاحها وشرط تلك الموجودة بخصوصها جاز كما قال:

الثمرة واللبن وليس إجارة إذ هو بيع ذات لم توجد أو لم يبد صلاحها إلا أن تكون الثمرة التي في شجر الدار أو الأرض المرهونة تبعاً كما قال (خ): واغتفر ما في الأرض ما لم يزد على الثلث بالتقويم وكما يأتي في باب الكراء عند قوله: وغير بادي الطيب إن قل اشترط الخ. ومثال الحظر أن ترهن عبداً كافراً وتشترط منفعتك فيه في كنس المساجد وحمل المصاحف ومحل المنع في الأشجار إذا ارتهنت وحدها أو مع الأرض ولم تكن تبعاً، وإلا جاز اشتراطها كما يأتي في الكراء وما تقدم من جواز اشتراطه منفعة الأرض إنما ذاك إذا كانت مأمونة الري أو غير مأمونة بعد الري كعام واحد، وكانت مرهونة في ثمن غير الطعام ولا أدى لكراء الأرض بالطعام قاله أبو الحسن. ومحل الجواز الذي في المصنف إن اشترطت في عقد البيع مجاناً كما قررنا أو لتحسب من الدين على أن ما بقي منه بعد الأجل يعجل له لا إن كان ما بقي يستوفيه من المنفعة أو يأخذ فيه شيئاً مؤجلاً فيمتنع للدين بالدين، فإن كان ما بقي يترك للراهن لم يجز وإن لم يتعرضا لما بقي بتعجيل ولا غيره امتنع فيما يظهر لأن الأصل عدم التعجيل. وقوله في المدونة: لا يجوز في عقد البيع اشتراط أخذ الغلة في الدين إذ لا يدري ما يقتضي أيقل أم يكثر، وقد تنهدم الدار قبل أن ينقضي أمد الكراء الخ. معناه إذا كان الأجل غير معين ولم يشترط عليه أنه إن لم يوف وفى له من غيره أو باعه ووفاه وإلا جاز كما مرّ قاله خش في كبيره، وظاهر هذا ولو تطوع بالاحتساب من الدين بعد العقد وصرح به القلشاني في شرح الرسالة، وحينئذ فإذا كان ما بقي يترك للراهن فلا يمنع فيما إذا تطوع بعد العقد والله أعلم. وفهم من قوله اشتراط أن الشرط وقع في صلب العقد فلو تطوع له بها بعده منعت لأنها هدية مديان فإن دفع فيها عوضاً جرت على مبايعة المديان قاله اللخمي، ثم استثنى من المنع قوله:

٢٣٨ـ إلاَّ إذَا الـنَّـفْـعُ لِـعَـامٍ عُـيِّـنَـا وَالْـبَـدْوُ لِـلـصَّـلاَحِ قَـدْ تَـبَـيَّـنَـا

(**إلا إذا**) ظرف مستقبل (**النفع**) فاعل بفعل مقدر يفسره عيناً آخر الشطر (**لعام**) يتعلق بقوله: (**عينا**) بالبناء للمفعول (**والبدو**) مبتدأ مصدر بدا إذا ظهر (**للصلاح**) يتعلق به وجملة (**قد تبينا**) خبر المبتدأ والجملة حالية مقرونة بالواو وإنما جاز الاشتراط مع بدو الصلاح لأنه محض بيع إذ السلعة مبيعة بالثمن والثمرة، ومحل الجواز إذا كان المبيع غير طعام وإلا امتنع لما فيه من بيع الطعام بالطعام نسيئة ثم عطف على الممنوع وهو قوله في الأشجار فقال:

٢٣٩ـ وَفِي الَّذِي الدَّيْنُ بِهِ مِنْ سَلَفِ وَفِي الَّتِي وَقْتُ اقْتِضَائِهَا خَفِي

(**و**) إلا (**في**) الرهن (**الذي الدين**) مبتدأ (**به**) خبره وباؤه ظرفية وضميره للرهن الموصوف بالموصول وكأنه من باب القلب أي وإلا الدين الذي الرهن فيه (**من سلف**) حال من الدين، ويجوز أن تكون الباء بمعنى «مع» وإنما منع لأنه سلف بمنفعة فإن اشترط أن يحتسب به من دينه جاز حيث لم يؤجل السلف، وكان إن لم يوف باع الرهن ووفاه أو وفاه من غيره، وكذا إن أجل

(إلا إذا الـنـفـع لـعـام عـيـنـا والـبـدو لـلـصـلاح قـد تـبـيـنـا

أي ظهر فهو مستثنى من الممنوع ثم عطف على الممنوع وهو المستثنى الأول (**و**) إلا (**في**) الرهن (**الذي الدين به**) أي معه (**من سلف**) يعني أنه يجوز اشتراط منفعة الرهن إلا في الأشجار، وإلا في الرهن الذي يكون في دين من سلف لما فيه من سلف جر نفعاً (**و**) إلا (**في**) المنفعة (**التي**

وكان ما بقي يعجل عند أجله أو يترك للراهن وإلا امتنع لأن ما بقي يفسخه في منافع يتأخر قبضها، فإن وقع واشترط المنفعة على الوجه الممنوع ففي البيع يجري على حكم البيع الفاسد فيرد إن لم يفت ولا غلة، وفي القرض يرد بدلها وكذا في البيع إن تطوع لأنها هدية مديان ويبطل الاختصاص به في كل منهما ويضمن ضمان الرهان إن تلف، وكذا يضمن في اشتراط المنفعة على الوجه الجائز على الراجح، ثم عطف على المستثنى المذكور أيضاً فقال: **(و)** إلا **(في)** المنفعة **(التي وقت)** مبتدأ **(اقتضائها)** مضاف إليه أي استيفائها **(خفي)** صفة مشبهة خبر المبتدأ والجملة صلة، وذلك كاشتراطها في رهن الثياب والحيوان لاختلاف الاستعمال فلا يدري كيف ترجع إليه وهذا أحد قولي مالك في المدونة. وعنه فيها أيضاً لا بأس بذلك في الثياب والحيوان وغيرهما لأن ذلك إجارة، وبه قال ابن القاسم وأشهب وأصبغ وهو المعتمد، ولذا أطلق **(خ)** حيث قال: وجاز شرط منفعة إن عينت ببيع لا قرض وفي ضمانه إذا تلف تردد الخ. وقوله: إن عينت أي حدت مدتها بزمن يجوز كراء المرهون إليه إذ الإجارة لا بد لها من أجل وظاهره زاد أجلها على أجل الدين أم لا. وهو كذلك كما صرح به في الكافي ونقله ابن عرفة.

تنبيهان. الأول: إذا كان اشتراط المنفعة من باب الإجارة جرت فيها أحكامها التي من جملتها أن المنفعة إذا تعطلت بهدم الدار ونحوه لم يجبر الراهن على الإصلاح وكان الخيار للمرتهن في أن يفسخ عن نفسه، وإذا فسخ وجب له الرجوع بقدر ما ينوب المنفعة فيما خرج من يده لا بقيمة المنفعة ولا يصدق في ذلك التعطيل ليسقط عنه الأجرة إلا ببينة.

وقت اقتضائها) أي استيفائها **(خفي)** كلبس الثياب فلا يجوز اشتراطه لاختلاف الناس فيه اختلافاً متبايناً فرب رجل يلبس الثوب سنة وآخر يمزقه في شهر أو شهرين قال في المقرب، قلت: فهل يجوز للمرتهن أن يشترط شيئاً من منفعة الرهن؟ قال: إن كان من بيع فإن ذلك جائز وإن كان من قرض فإن ذلك لا يجوز لأنه سلف جر نفعاً لا أن مالكاً قال لي إذا باعه بيعاً وارتهن رهناً واشترط منفعة الرهن إلى أجل فلا أرى به بأساً في الدور والأرضين وأكره ذلك في الثياب والحيوان اهـ. وفي المدونة: لا بأس به في الدور والأرضين، وكرهه مالك في الثياب والحيوان إذ لا يدري كيف يرجع إليه. وقال ابن القاسم: لا بأس به في الحيوان والثياب وغيرهما، ولمالك كقول ابن القاسم، وبه قال أصبغ وأشهب قاله في التوضيح. فيظهر أنه الراجح وهو الذي عول عليه في المختصر إذ قال: وجاز شرط منفعته إن عينت ببيع لا قرض، وفي ضمانه إذا تلف تردد ومثله في المتيطي، وكان الناظم تبع ابن سلمون التابع للخمي في حمله الكراهة في قول مالك على المنع، والحاصل أن المذهب جواز ذلك في الحيوان والثياب للمدة التي يجوز كراؤها لها والله أعلم. وإذا حل أجل الدين فإن قضى فواضح وإلاَّ أمر الحاكم ببيع الرهن فيباع بعد النداء والإشارة إن لم يطع الراهن ببيعه جبراً عليه، فإن أذن الراهن للمرتهن في بيعه دون مشورته ولا مراجعة الحاكم فهل له ذلك ويستقل به أو لا بد من المشورة ومراجعة الحاكم فيه تفصيل وخلاف، والذي جرى به العمل على ما قاله الناظم هو أن الإذن إن كان قبل حلول الدين وبعد زمن عقدة البيع أو القرض استقل المرتهن بالبيع ولم يحتج لإذن ثان، وإن كان عند عقدة البيع أو وقت حلول الدين لم يستقل لأنها وكالة اضطرار وهذا معنى قوله:

الثاني: إذا أراد المرتهن شراء الدار المرهونة المشترطة منفعتها قبل الأجل مقاصة، فلا يجوز لأن المقاصة لا تجوز إلا بعد حلول الدينين قاله البرزلي. بعد نحو كراسين من صدور البيوع وقال في الرهون عن ابن شعيب: لا يجوز ذلك لأنه فسخ دينه في دار لا تقبض إلا بعد تمام مدة المنفعة، وأما إن كان شراه مبتدءاً أي مستقلاً بلا شرط مقاصة فإن كان على أن تبقى الدار مرهونة في الحق إلى الأجل فإذا طولب بالحق أدى منها أو من بعضها، وإلا تم البيع فيها فلا يجوز أيضاً لأنه غرر تارة بيعاً وتارة سلفاً، وإن كان على إبطال حقه في الرهن دون المنفعة فهو جائز كالأجنبي إن كان أمد الانتفاع قريباً لا يتغير البنيان فيه وليس البيع فيها فسخاً للكراء لأن متعلق البيع العين والكراء المنفعة، ولا ينتقل الملك في العين إلا بعد تمام مدة الكراء إذ لا تقتضي المنافع من العين إلا على ملك مالكها. قال: وعن بعض الأشياخ أن نفس عقد البيع فسخ للكراء اهـ. فقوله: ولا ينتقل الملك في العين يعارضه ما صرحوا به عند قول (خ) في الإجارة وبيع دار لتقبض بعد عام فإن ضمانها من المشتري وذلك يدل على أن ملكها انتقل إليه. وقوله: عن بعض الأشياخ هذا إذا اشتراها المكتري لها لا الأجنبي وإلاَّ فلا ينفسخ ويثبت للمشتري الخيار إن لم يعلم بأنها مكتراة وما ذكره عن بعض الأشياخ هو المعول عليه كما يفهم من كلام (ح) عند قوله: واستئجار مؤجر وإنما امتنعت المقاصة قبل الحلول لأن من عجل ما أجل يعد مسلفاً فالبائع في المسألة مسلف بشرط الشراء فهو سلف وبيع بالنظر للمقاصة وفسخ بالنظر للتصيير في الدين، لكن قد علمت أن الفسخ إنما يأتي إذا قلنا أن ضمانها لا ينتقل إلا بعد تمام المدة وفيه ما رأيت فالأقرب الاقتصار على التعليل الأول والله أعلم.

٢٤٠ـ وَبِجَوَازِ بَيْعِ مَحْدُودِ الأَجَلْ ... مِنْ غَيْرِ إِذْنِ رَاهِنٍ جَرَى الْعَمَلْ

(وبجواز بيع) الرهن **(محدود الأجل من غير إذن راهن)** يتعلق بجواز أو ببيع والمجرور الأول يتعلق بقوله:

٢٤١ـ مَعْ جَعْلِهِ ذَاكَ لَهُ وَلَمْ يَحِنْ ... دَيْنٌ وَلاَ بِعُقْدَةِ الأَصْلِ قُرِنْ

(جرى العمل مع جعله) يتعلق بجواز أو ببيع أو باحتياج المقدر قبل إذن والضمير المضاف إليه المصدر للراهن **(ذاك)** مفعول أول بجعل والإشارة للبيع **(له)** في محل المفعول الثاني، وضميره للمأذون له من مرتهن أو أمين **(ولم يحن دين)** فاعل أي لم يأت أجله والجملة حال من الضمير المضاف إليه جعل **(ولا بعقدة الأصل)** يتعلق بقوله: **(قرن)** بالبناء للمفعول ونائبه للجعل،

(وبجواز بيع) الرهن **(محدود الأجل)** أي الذي لدينه أجل محدود **(من غير إذن راهن)** حال البيع زائد على الإذن الأول **(جرى العمل مع جعله ذاك له و)**الحال أنه **(لم يحن دين)** أي لم يأت حينه ولم يحل **(ولا)** كان ذلك الإذن **(بعقدة الأصل قرن)** هو أي الإذن بل كان الإذن فيما بينهما قال ابن سلمون. قال بعضهم: وإنما لا يغني التقديم في البيع وإن جعل له ذلك دون مشورته ولا سلطان إذا كان التقديم في عقد البيع أو عند حلول الدين لأنها وكالة اضطرار. وقال إسماعيل القاضي وغيره: ذلك جائز نافذ ولو كان ذلك بعد عقد البيع وقبل حلول أجل الدين لجاز الشرط وعملت الوكالة باتفاق لأنها طواعية. وقال محمد بن عمر: إذا كان هذا التقديم والرهن في قرض لم يجز لأنه

والجملة حالية أيضاً معطوفة على الجملة قبلها، والتقدير جرى العمل بجواز بيع المرتهن أو الأمين الرهن بعد أجله من غير احتياج لإذن راهن ثانياً مع جعل الراهن ذلك البيع لمن ذكر، والحال أنه لم يحن دين ولا قرن الجعل بعقدة البيع أو السلف، بل كان قبل الحلول وبعد العقد، ويحتمل أن يكون الضمير في قرن للرهن أي طاع بالرهن والإذن معاً وظاهره فوض له في الإذن أم لا، وهو كذلك خلافاً لابن الفخار في قوله: لا يستقل إلا إذا فوض له. وفي الورقة الرابعة عشر من بيوع البرزلي ما يقتضي أن العمل بتونس على ما لابن الفخار، وظاهر النظم سواء كان الإذن المذكور للمرتهن أو الأمين. قال الراهن: لكل منهما إن لم آت فبعه أو لم يقل ذلك فيجوز في هذه الأربع صور ابتداء وليس كذلك، بل إذا قال ذلك لا يجوز لأنه علق ذلك على عدم الإتيان، وقد يكون آتياً أو حاضراً لكن إن وقع مضى كما في المدونة ويمكن حمل قوله مع جعله الخ. على ما إذا طاع بالرهن والإذن معاً كما مر أي بعد العقد وقبل الأجل، وسواء أذن للمرتهن أو الأمين أو غيرهما، وهذه حكى ابن رشد عليها الاتفاق لأنه معروف من الراهن، ونازعه ابن عرفة في الاتفاق قائلاً لأنه شبه هدية مديان فقد منعوا بيع الطعام بثمن مؤجل على تصديق البائع في كيله اهـ. وعليه فمقابل ما به العمل في الصورتين هو عدم الجواز لأنه هدية مديان فمقابله في الصورة الأولى وهو ما إذا تطوع بالإذن فقط حكاه في ضيح عن بعض الموثقين، وفي الثانية هو ما تقدم عن ابن عرفة، وقد يجاب عن الهدية المذكورة بأن الإذن ليس زيادة حقيقة، وإنما أسقط عنه ما يتكلفه من الرفع والإثبات وخلصه من ورطة ذلك فهو إنصاف له من حقه وهو شأن الناس، ولذا أجاز في المدونة وغيرها إعطاء الحميل أو الرهن بعد العقد وقبل الأجل ولم يجعله هدية، وظاهر النظم أنه لا فرق في ذلك بين رهن السلف أو البيع ومفهوم قوله: ولم يحن دين ولا بعقدة الأصل الخ. أنه إذا أذن بعد الحلول أو في العقد لم يجز وهو مذهب المدونة والعتبية لأنها وكالة اضطرار لحاجته للقرض والبيع أو للتأخير بما حل، وأما إن أذن بعد الحلول من غير تأخير فالجواز اتفاقاً كما في طفي، وقيل: يجوز ذلك ابتداء وليست وكالة اضطرار وهو

سلف جر نفعاً لرفع المشورة عن نفسه، وقال محمد بن أحمد: ذلك جائز اهـ. وقيل بالمنع أيضاً في دين البيع لأنه هدية مديان حكاه في التوضيح، والصواب الجواز فيهما ولا نفع ولا هدية لأن أداء الدين واجب، ويحتمل أن يكون الضمير في قرن للرهن، والمعنى حينئذ إنما يجوز للمرتهن بيع الرهن بغير إذن الراهن إذا لم يكن الرهن مقروناً بعقدة البيع أو القرض، بل كان متطوعاً به بعد ونحوه لابن رشد حاكياً عليه أيضاً الاتفاق، والخلاف فيما إذا صاحب الرهن العقد وظاهر المصنف الجواز في منطوقه أطلق الراهن للمرتهن أو قيد بقوله: إن لم آت فبعه وفرق. (خ) بينها. والحاصل أن الإذن إما للمرتهن أو للأمين وكل إما في العقد أو بعده أو عند حلول الدين، وفي كل إما أن يقول إن لم آت أم لا، فالصور اثنتا عشرة. أفاد الناظم الجواز في أربع، وخليل الجواز في ثلاث، وأن غير الجائز يمضي بعد الوقوع ونصه، وللأمين بيعه بإذن في عقده إن لم يقل إن لم آت كالمرتهن بعده وإلا مضى فيهما وللجنان والقلشاني أن العمل بالجواز في الجميع.

تنبيه: إذن الراهن في البيع توكيله عليه، والقاعدة أن للموكل عزل الوكيل إلا إذا تعلق له بالوكالة حق ومنه ما هنا.

لابن العطار والقاضي عبد الوهاب، وسيأتي عن النهاية أن بهذا القول القضاء وعلى الأول له عزله كما في ابن عرفة، لكن إن لم يعزله حتى باع مضى كما في المدونة قال ابن فتوح: وبه القضاء وعلى الثاني ليس له عزله كما سيأتي، وحينئذ فيمضي بيعه إن أصاب وجه البيع على كل من القولين، وأما إن باع بأقل من القيمة فللراهن أخذه، وإن تداولته الملاك بأي الأثمان شاء كالشفيع، وهذا يدل على أنه لا يحتاج إلى تسويقه الشهرين، والذي في وكالة البرزلي أن الراهن إذا قال للمرتهن: بع بما شئت إن القضاة يضربون الأجل للبيع وهو مبني على عدم جواز التوكيل في العقد، فانظره فيه ولا فرق في ذلك كله بين الرهن الذي له بال وغيره ولا بين كونه عقد البيع أو القرض خلافاً لابن الفخار في قوله: بالمنع في القرض قال: لأنه سلف بمنفعة لأنه رفع بشرطه عن نفسه المؤنة في إثبات ما يتوصل به إلى البيع، وقد يقال: إن النفع الممنوع هو النفع الحامل على السلف كالزيادة فيه مثلاً وشرط بيع الرهن المأخوذ في عقد السلف ليس حاملاً على ابتداء السلف إذ لا معنى لكونه يسلفه لأجل أن يرفع عنه المؤنة في بيع رهنه لأنه إذا خشي ذلك ترك السلف من أصله فتأمله منصفاً. وكذا يقال في السلف بشرط التصديق في عدم القضاء ليس من سلف جر نفعاً كما قيل أيضاً: اللهم إلا أن يكون لما حل أجل السلف أخره على شرط بيع رهنه أو التصديق فيه فالنفع حينئذ واضح لأن التورط حينئذ قد حصل فهو يريد التخلص بالتأخير على شرط البيع أو التصديق، ويجري هذا حينئذ حتى في البيع لكنهم لم يعتبروه كما مرّ نظراً لكون التأخير كابتداء السلف، وليس معنى النفع في شرط بيع الرهن والتصديق هو كونه يتمكن من جحده في التصديق فيأخذ الدين منه ثانياً ويتمكن في الرهن بإظهار أقل من ثمنه الذي باعه به كما قاله بعض من لا تحقيق عنده، إذ لو كان هذا هو المراد ما وقع الاختلاف فيه بحال ثم ما تقدم من أن الإذن في العقد لا يجوز به البيع ابتداء إنما هو في الإذن للمرتهن، أما للأمين فيجوز كما أفاده (خ) لقوله: وللأمين بيعه بإذن في عقد الخ. ومحل الخلاف المذكور في جواز التوكيل في العقد وعدمه إذا لم يفوض له أما إن فوض له في بيعه دون مشورة سلطان وأحله محل نفسه وأنه لا يعز له فيجوز اتفاقاً، لكن بشروط إقراره بالدين وبالوكالة وبالتفويض وبالتصديق في الثمن وبالتصديق في عدم الاقتضاء دون يمين، فهذه الخمسة تتلقى من إقرار الراهن ولا بدّ أن يثبت بالبينة ملك الراهن واستمرار ملكه وحوز الرهن والسداد في الثمن. هكذا في الوثائق المجموعة، وإذا اشترطت هذه مع التفويض فأحرى مع الإذن المجرد، لكن أنت خبير بأن إثبات ما ذكر إنما يكون عند الحاكم فلم يبق للإذن ولا للتفويض ثمرة فهي حينئذ شروط في لزوم البيع للراهن، لكن اشتراط التصديق في الثمن وعدم الاقتضاء خلاف ما لابن رشد وظاهر المدونة كما في البرزلي، ولذا لم يعرج عليه (خ) وغيره وما عدا هذه لا يمضي عليه البيع إلا بها إلا أن الحوز شرط في الاختصاص فقط، وقد تقدم أنه إنما يمضي بيعه إذا أصاب السداد، وقد علمت من هذا كله أن البيع مع الإذن نافذ على كل حال فوض له أم لا. كان الإذن في العقد أو بعده وقبل الأجل أو بعده، أذن له أو للأمين وعليه فلو قال الناظم:

وبيعه مرتهن أو الأمين ... منفذ إن راهن به أذن

لكان أخصر وأوضح وأشمل لجميع الصور، ولا يقال إنه أراد صورة الجواز ابتداء لأنا نقول كلامه صادق حتى بغير الجواز ابتداء كما مر، ومفهوم قوله مع جعله الخ. أنه إذا لم يجعل

له البيع أصلاً لم يجز له البيع وهو كذلك، فإن تعدى وباعه قبل الأجل أو بعده رد بيعه، فإن فات عند المشتري فعلى المرتهن الأكثر من الثمن أو القيمة انظر المتيطية، قال في المدونة: وإذا لم يأذن له الراهن في بيع الرهن رفعه المرتهن إلى السلطان فإن وفاه حقه وإلا باع الرهن وأوفاه حقه اهـ. وكذا إذا كان الراهن غائباً وظاهرها أنه لا يسجن ولا يطلب بحميل إلى أن يبيع الرهن وإن الحاكم هو الذي يتولى بيعه أو نائبه ولا يجبر الراهن على أن يتولى بيعه وهو كذلك عند ابن رشد وغيره في الجميع خلافاً لبعضهم في قوله: بالسجن والجبر، وهذا كله إذا أمكن الوصول للحاكم وإلا جاز البيع اتفاقاً، لكن لا بد أن يحضر العدول للنداء والإشهاد بما بلغ من الثمن كما في ابن عرفة والمتيطية وإلا رد بيعه إلا إن باعه بأقل من القيمة ثم إنما يجوز للحاكم الإقدام على بيعه في الغيبة إن ثبت عنده الدين والرهن ويمين القضاء وغيبة الراهن وأنها بعيدة أو لا يعلم موضعه وملك الراهن واستمراره وأنه أحق ما يباع عليه كذا للعبدوسي. قال ابن ناجي: وظاهر الكتاب أنه لا يلزمه إثبات ملكية الراهن ربعاً كان أو غيره وهو كذلك على أحد الأقوال، وبه كنت أقضي. وفي التبصرة الفرحونية عن ابن رشد: أن العمل على إثبات الملك ونحوه في (ح) وقول العبدوسي: وإنه أحق ما يباع عليه قال فيه ابن عرفة: الأظهر عدمه لتعلق حق المرتهن بعينه، وربما كان أيسر بيعاً مع أن راهنه كالملتزم بيعه اهـ. ونحوه لابن ناجي قائلاً: إن ظاهر الكتاب أنه لا يفتقر لثبوت كونه أولى ما يباع عليه قال: وظاهره أيضاً إنه لا يفتقر في بيع السلطان إلى بلوغه القيمة، ابن عرفة: وهو ظاهر الروايات وهو مقتضى قول ابن محرز: ولو كسرت عروض المفلس وترجى لها أسواق بيعت عاجلاً ولم تؤخر، وهو ظاهر قول سحنون ببيع الحاكم ضيعة المدين بالخيار فإن لم يجد إلا ما أعطى باع اهـ. ونحوه للبرزلي عن ابن محرز والسيوري قائلاً لأنه غاية المقدور قال: وجهل ابن محرز من قال ينظر للقيمة. البرزلي عن ابن محرز: وأعرف نحوه لابن رشد في البيع في نفقة المحجور قال: يستقصى ولا ينظر به القيمة لأنه غاية المقدور اهـ. ونحوه في نوازل العيوب من المعيار وبه نعلم ما في اعتراض (ح) عن ابن عرفة.

تنبيهات. الأول: قال في النهاية، قال القاضي عبد الوهاب: يجوز للراهن أن يجعل للمرتهن بيع الرهن وليس له أن يعزله، وبهذا القول القضاء اهـ لفظها. وظاهرها أنه لا عزل ولو مات الراهن وأفتى في أنكحة المعيار في المسائل التي سأله عنها الخالدي بأنه إنما لا ينعزل بموت الراهن إذا أقامه مقام المفوض إليه في الحياة والوصي بعد الممات اهـ. وتقدم عن ابن عرفة أن له عزله على القول بعدم الجواز ابتداء وهو مذهب المدونة.

الثاني: قال البرزلي في نوازل المديان عن مقنع ابن بطال عن ابن الحكم: لا يبيع القاضي من دار المدين إلا بقدر الدين بخلاف ما يبيعه من جارية أو غلام يبيعه كله لضرر الشركة قال: وفي قسمة المدونة ولا يباع على ميت من داره إلا بقدر دينه اهـ. ونحوه في التبصرة عن سحنون قال: يباع من أصله بقدر الدين إن وجد من يشتري بعضه اهـ. وبه تعلم أن توقف (ح) في ذلك قصور.

الثالث: إذا باع المرتهن الرهن فادعى الراهن أنه كان دفع الدين إليه وأنكر المرتهن فإن لم يشترط في العقد التصديق وأقام بينة على الدفع انتقض البيع وإن لم يقم بينة حلف المرتهن ونفذ

البيع وإن نكل حلف الراهن لقد أوفاه وسقط الدين ونفذ البيع ويرد المرتهن الثمن للراهن، وإن اشترط التصديق في العقد فله شرطه وينفذ البيع اهـ.

الرابع: قال القلشاني: وفي سماع أصبغ فيمن ادعى أن رجلاً رهنه قدحاً في كساء أن السلطان يأمره ببيع القدح في الكساء على زعمه أنه رهن، وقيل لا يأمره حتى يثبت ارتهانه عنده، وبه العمل قاله ابن رشد اهـ. وقصة رهن القدح مبسوطة في (ح) والتبصرة وأبي الحسن.

الخامس: إذا أمر القاضي رجلاً ببيع الرهن فباعه وادعى ضياع ثمنه صدق والمصيبة من رب الدين قاله في المدونة. وسواء علم بيعه ببينة أو بمجرد قوله كما لابن يونس، ويظهر من هذا أنه إذا ادعى تلفه قبل البيع فالمصيبة من الراهن وهو كذلك على قول ابن القاسم كما في ابن عرفة آخر باب الرهن، ولو قال المأمور الذي أمره الحاكم ببيعه: بعته بمائة ودفعتها للمرتهن وأنكر المرتهن صدق المرتهن ولو كان المرتهن هو الذي أمره ببيعه صدق المأمور مع يمينه أنه دفع للمرتهن لأنه حينئذ وكيله.

٢٤٢- وَجَازَ رَهْنُ العَيْنِ حَيْثُ يُطْبَعُ عَلَيْهِ أَوْ عِنْدَ أَمِينٍ يُوضَعُ

(**وجاز رهن العين**) فاعل جاز (**حيث**) ظرف مضمن معنى الشرط يتعلق بجاز (**يطبع**) بالبناء للمفعول (**عليه**) نائب الفاعل وضميره للعين، والجملة في محل جر بإضافة حيث (**أو**) عاطفة (**عند أمين**) يتعلق بقوله: (**يوضع**) بالبناء للمفعول ونائبه ضمير العين، والجملة معطوفة على جملة يطبع ولا مفهوم للعين بل غيرها من المثليات كالمكيل والموزون والمعدود، كذلك على المذهب خلافاً لأشهب في عدم وجوب طبع غير المعين، ومفهوم الظرف أنه يمنع رهنها إن لم يطبع عليها ولا وضعت عند أمين بل عند المرتهن، وهو كذلك حماية للذريعة أن يكون الراهن والمرتهن قصدا إلى السلف وسميا ذلك رهناً والسلف يفسد المعاملة التي قارنها بيعاً كان أو سلفاً. وقوله: يطبع أي طبعاً لا يقدر على فكه غالباً، وإذا زال علم زواله والطبع الذي لا يقدر على فكه أصلاً غير مطلوب، ثم إن شرط الطبع إنما هو في جواز رهنه كما هو ظاهر النظم لا في صحة حوزه لأنه إذا حازه المرتهن بدون طبع، فالحوز صحيح ويكون أحق به من الغرماء، وإن عثر على عدم طبعها في أثناء المدة استقبل الطبع ولا تنزع من يده، وحينئذ فإذا أزال المرتهن الطبع وعلم ذلك فلا يبطل اختصاصه به.

٢٤٣- وَالرَّهْنُ لِلْمُشَاعِ مَعْ مَنْ رَهَنَا قَبْضُ جَمِيعِهِ لَهُ تَعَيَّنَا

(**وجاز رهن العين**) ذهب أو فضة وكذا غيرها من المثليات (**حيث يطبع عليه أو عند أمين يوضع**) لأنه إذا لم يطبع عليه ولا جعل عند أمين يتهم المرتهن على تسلفه ورد مثله، وقد قارن ذلك عقد المعاملة من بيع أو سلف وهو مفسد لهما، وظاهر المصنف أن الطبع إنما يشترط في رهن العين دون غيرها من المثليات وهو قول أشهب والمذهب قول ابن القاسم: أنه لا بد من ذلك فيها أيضاً فهما متفقان على وجوب الطبع، والوضع في العين مختلفان في غيرها هذه طريقة ابن الحاجب والمازري. وقول (خ) والمثلي ولو عيناً إن طبع عليه يوهم أن الخلاف في العين لا في غيرها، وقد اعترضه الحطاب بذلك قائلاً: صوابه والمثلي إن طبع عليه ولو غير عين (**والرهن للـ**)جزء الـ(**مشاع**

(والرهن) مبتدأ **(للمشاع)** يتعلق به أي للجزء المشاع من عقار أو حيوان أو عرض **(مع من)** موصولة صلته **(رهنا)** والظرف يتعلق بالمشاع كدار أو عبد مثلاً يملك الراهن جميعهما ورهن جزء من أحدهما أو منهما **(قبض)** مبتدأ ثان **(جميعه)** أي جميع المرهون منه الجزء **(له)** يتعلق بقوله: **(تعينا)** والجملة خبر المبتدأ الثاني والثاني وخبره خبر الأول والضمير المجرور باللام يرجع للمرتهن، واللام بمعنى «على» أي عليه قبض جميع المرهون منه الجزء فيكريه ويليه لئلا تجول يد الراهن فيه وكان الأليق أن يذكر هذا البيت والذي بعده إثر قوله: والحوز من تمامه الخ. وتقدم هناك حكم ما إذا رهنه بيتاً من داره.

٢٤٤ـ وَمَعَ غَـيْـرِ رَاهِـنٍ يَـكْـفِـيـهِ أَنْ يَـحُـلَّ فِـيـهِ كَـحُـلُـولِ مَـنْ رَهَـنْ

(ومع) يتعلق بمبتدأ محذوف دل عليه ما قبله أي والمشاع أي ورهن المشاع مع **(غير راهن)** كدار يملك الراهن نصفها فقط فيرهنه كله أو نصفه **(يكفيه)** بفتح الياء وضميره للمرتهن ومتعلقه محذوف أي يكفي المرتهن في قبضه وحوزه في الصورتين **(أن يحل)** بفتح الياء وضم الحاء مضارع حلّ إذا نزل فاعل يكفي **(فيه)** أي في المشاع المذكور يتعلق بيحل **(كحلول من رهن)** صفة المحذوف أي حلولاً كحلول الراهن بأن يحوز جميع ما على ملك الراهن، والجملة من يكفي وما بعده خبر المبتدأ وإنما كفاه الحلول المذكور لأن يد الراهن لم تبق جائلة فيه ولا يضره جولان يد شريك الراهن معه. وظاهر قوله: ومع غير راهن الخ. أن للراهن رهن حصته وإن لم يأذن له شريكه في ذلك وهو كذلك فيما كان ربعاً أو منقسماً اتفاقاً كما هو ظاهر ابن عرفة، وحوزه في هذا الوجه أن يحل المرتهن محل الراهن أو يوضع عند الشريك أو عند أمين فإن أراد الشريك في هذا الوجه البيع قاسمه فيه الراهن والرهن بيد المرتهن، فإن غاب الراهن أقام الإمام من يقسم له وتبقى حصة الراهن رهناً في الوجهين، وأما إن كان المشاع لا ينقسم وهو غير ربع كالثوب الواحد أو السيف أو الدابة أو العبد أو نحو ذلك فالمشهور وهو مذهب ابن القاسم جوازه أيضاً. وقال أشهب: لا يجوز لأن رهنه يمنعه من بيعه ناجزاً والرهن منقوض حتى يأذن. ووجه قول ابن القاسم: إن ذلك لا يمنع الشريك من بيع حصته مبعضة أن يحمل البيع إن نقصت حصته منفردة ويحل المشتري محل الشريك، وإذا أجمل البيع كانت حصة الراهن من الثمن رهناً، إن بيع

مع من رهنا) كدار يملكها شخص فرهن نصفها مثلاً شائعاً لم يتم حوز الرهن إلا بحوز جميعها لئلا تحول يد الراهن فيه لكونه غير معين، فيقضي له بحوزها كلها كما قال: **(قبض جميعه له تعينا و)** رهن الجزء المشاع **(مع غير راهن)** كأن يكون الراهن للنصف لا يملك غيره أو يرهن مالك النصف الشائع ربعاً فقط **(يكفيه)** أي المرتهن في الصورتين **(أن يحل فيه)** أي في المشاع فيه **(كحلول من رهن)** بأن يحوز النصف في الصورتين فكلام الناظم شامل لهما، والثالثة في البيت قبله **(خ)**: وصح مشاع وحيز بجميعه إن بقي فيه للراهن ولا يستأذن شريكه. ابن عرفة: إن كان ربعاً أو منقسماً لا يفتقر لإذن شريكه وإن كان غيره أي كفرس واحد مثلاً ففي كونه كذلك ووقفه عليه قولاً. ابن القاسم وأشهب قائلاً لأن رهنه يمنعه من بيعه ناجزاً اهـ وهو مبني على قوله: إن المرتهن في هذا النوع لا بد من حوز جميعه ولا يكفيه حلوله مع المرتهن فيه، ومشى الناظم على قول ابن القاسم في ذلك.

بغير جنس الدين وإلاَّ قضي الدين عنه إن لم يأت برهن كالأول، وقول الناظم: يكفيه أن يحل الخ. أي يكفيه في حيازته وقبضه أن يحل الخ. هذا على قوليهما في الربع والمنقسم، وعلى قول ابن القاسم في الثوب الواحد والسيف ونحوهما، وأما على قول أشهب فالرهن في هذا الوجه منقوض وإن لم يأذن كما مرَّ وإن أذن فليس له رجوع عنه حتى يحل الأجل ولا يكفي في حوزه الحلول المذكور عنده، بل لا بد أن يكون جميع الثوب ونحوه عند المرتهن أو الشريك أو غيرهما من غير الراهن كما في ابن عرفة. وعلى المشهور من جواز رهن الحصة فيما لا ينقسم مما ينقل فلا يسلمه الراهن إلا بحضرة الشريك، وكذا لو باع أحد الشريكين فيه حصته فلا يسلمه للمشتري إلا بحضرة صاحبه أيضاً فإن غاب فالحاكم يقوم مقامه وكذا لا يستعمله إلا بإذنه والعرف الجاري بينهما بالاستعمال كالإذن فيه، فلو سلمه بغير إذنه فمقتضى القواعد أنه يضمن إن تلف لأن أحسن أحواله أن يكون كالمودع وهو إذا وضع يد الأجنبي يضمن بتعديه قاله (تت) عن الذخيرة، وفي معاوضات المعيار من باع نصف فرسه لرجل وسافر المشتري عليها فعطبت فهو ضامن لنصف شريكه إلا أن يسافر عليها بإذنه أو جرت العادة بينهما أن يسافر مثل ذلك السفر فلا ضمان عليه اهـ. وانظر الغاصب يغصب في حصته أحد الشريكين فإن المغصوب عليهما والباقي لهما قال ناظم العمل:

وما من الجزء المشاع ظلما ... فذا وذا عليهما قد قسما

وأما إن غصب الدين من المدين بسبب رب الدين فإن ذلك براءة للمدين كما أشار له ناظم العمل أيضاً بقوله:

وما من الدين له رب دفع ... لغاصب غريمه لم يتبع

تنبيه: إذا رهن الراهن نصف الثوب ونحوه مما يغاب عليه وقبض المرتهن جميعه ليتم الحوز له كان النصف الباقي للراهن أو لغيره، ولكن قبضه المرتهن بحضرة الغير وإذنه لم يضمن المرتهن إذا تلف ولم تقم له بينة إلا نصفه لأنه في النصف الآخر أمين، وكذا لو استحق نصف الرهن وتركه المستحق بيد المرتهن كما في المدونة.

٢٤٥ـ وَالرَّهْنُ مَحْبُوسٌ بِبَاقِي مَا وَقَعْ ... فِيهِ وَلا يَرُدُّ قَدْرَ مَا انْدَفَعْ

(والرهن) مبتدأ **(محبوس)** خبره **(بباقي)** يتعلق به **(ما)** موصولة واقعة على الدين **(وقع)** صلتها وفاعله ضمير يعود على الرهن **(فيه)** يتعلق به وضميره يعود على ما هو الرابط **(ولا)** نافية وفاعل **(يرد)** عائد على المرتهن **(قدر)** مفعول **(ما)** موصولة واقعة على الدين أيضاً **(اندفع)** صلته

(والرهن) لشخص واحد في مائة مثلاً إذا قضى بعضها أو أكثرها **(محبوس بباقي ما وقع فيه)** الرهن **(ولا يرد)** منه إذا كان مشدداً كثياب مثلاً **(قدر ما اندفع)** وكذا لو سقط بعضه قال في المدونة: ومن رهن امرأته رهناً بكل المهر قبل البناء ثم طلقها قبل البناء لم يكن له أخذ الرهن والرهن أجمع رهن بنصف المهر كمن قضى بعض الدين أو وهب له فكل الرهن رهن لما بقي اهـ. فلو كان الرهن لاثنين لا شركة بينهما وقضى أحدهما نصيبه ردت إليه حصته وعكس المصنف: استحق بعض الرهن فالباقي رهن في الجميع.

وفاعله يعود على ما، ومعناه أن الدين إذا قضي بعضه أو سقط عن الراهن بإبراء أو هبة أو طلاق قبل البناء فالرهن كله محبوس بما بقي من الدين لأن الأسواق قد تحول على الباقي، ولأن جميع أجزاء الرهن بجملتها في مقابلة كل جزء بانفراده من الدين وظاهره أنه لا فرق بين أن يتحد كدار وثوب أو يتعدد كدور وثياب، وعكس النظم أنه لو استحق بعض الرهن أو تلف كما لو رهن عبدين فقتل أحدهما صاحبه فالباقي رهن في الجميع فالأولى النقص في الدين، وهذه النقص في الرهن فلذا كانت عكسها. (خ): وإذا قضى بعض الدين أو سقط فجميع الرهن فيما بقي كاستحقاق بعضه الخ. وهذا إن اتحد الراهن والمرتهن، وأما إن تعدد الراهن والمرتهن فيدفع أحد الراهنين ما عليه أو يأخذ أحد المرتهنين دينه فينفك ما يقابله في الصورتين أما الأولى ففيها في رجلين رهنا داراً لهما في دين فقضى أحدهما حصته فله أخذ حصته من الدار، وأما الثانية ففيها أيضاً على نقل ابن عرفة: من رهن داراً من رجلين صفقة واحدة في دين لهما ولا شركة بينهما فقضى أحدهما كل حقه أخذ حصته من الدار اهـ. يريد إذا أخذها فيجعلها بيد أمين أو بيد المرتهن الآخر أو يبيعها ولا يمكن من جولان يده فيها لئلا يبطل الرهن على الآخر قاله عياض. فإن أراد أحد المرتهنين بيع الرهن وأخذه الآخر بحقه فإن الرهن يقسم إن لم ينقص القسم حظ القائم فيباع له حظه ويوقف حظ الآخر، وإن لم ينقسم بيع وعجل حق القائم وحق الآخر إن حلف ما أخره إلا لإعطاء رهن مثله إلا أن يأتي الراهن برهن ثقة فيأخذ فاضل ثمن رهنه عن حق القائم، وانظر إذا قبض أحد المرتهنين دينه هل يدخل معه صاحبه؟ وهو ما في أبي الحسن وضيح والشامل.

٢٤٦ـ وَشَرْطُ مِلْكِ الرَّهْنِ حَيْثُ لاَ يَقَعْ إنْصَافُهُ مِنْ حَقِّهِ النَّهْيُ وَقَعْ

(**وشرط ملك الرهن**) مبتدأ ومضاف إليه من إضافة المصدر لمفعوله (**حيث**) ظرف مكان وتكون للزمان على قلة ومنه ما هنا يتعلق بشرط أو ملك (**لا يقع إنصافه**) فاعل والجملة في محل جر (**من حقه**) يتعلق بإنصاف (**النهي**) مبتدأ ثان وجملة (**وقع**) خبره. والجملة من الثاني وخبره خبر الأول، والرابط محذوف أي عنه. وفي بعض النسخ منع بدل وقع وعليها شرح اليزناسني فلك أن تجعل شرط مفعولاً مقدماً بمنع وظاهره كان الرهن في أصل المعاملة من بيع أو سلف أو متطوعاً به بعدها وهو كذلك، وظاهره أيضاً أنه يبطل اختصاصه به إذ النهي يقتضي الفساد وهو

(**وشرط ملك الرهن**) مبتدأ (**حيث**) متعلق بملك (**لا يقع إنصافه**) أي إنصاف المرتهن (**من حقه النهي وقع**) عنه مبتدأ وخبر، والجملة خبر المبتدأ الأول، والمعنى أن شرط المرتهن على الراهن أنه إن لم ينصفه من حقه ولم يأته بدينه لأجل كذا، فالرهن ملك للمرتهن وقع النهي عنه ففي الموطأ أن رسول الله ﷺ قال: «لا يغلق الرهن». قال مالك: تفسير ذلك فيما نرى والله أعلم أن يرهن الرجل الرهن وفيه فضل عما رهن فيه ويقول: إن جئتك بحقك لكذا وإلا فالرهن لك بما فيه، فهذا لا يصح ولا يحل وإن جاء صاحبه بالدين بعد الأجل فهو له. قال ابن يونس: وينتقض هذا الرهن ولا ينتظر به الأجل. قال أبو محمد: ويصير السلف حالاً ولك أن تحبس الرهن حتى تأخذ حقك وأنت أحق به من الغرماء اهـ. قال ابن يونس: ويحل نقض السلف أو البيع مع الرهن إذا كان في صلب العقد، فإن كان الرهن والشرط بعده فسخ الرهن خاصة وبقي الدين بلا رهن.

يستلزم البطلان، وفي ذلك تفصيل إما وجه النهي عنه إن كان في أصل المعاملة فإنه لا يدري ما يحصل من ثمن سلعته هل الثمن أو الرهن، وكذا في السلف لا يدري هل يرجع له سلفه أو يصير له الرهن فإن عثر على ذلك قبل الأجل أو بعده فسخ البيع إن لم يفت وإلا وجبت القيمة حاله ويصير السلف أيضاً حالاً والمرتهن أحق به حتى يأخذ القيمة أو السلف، وأما الثاني وهو المتطوع به فالعلة في النهي هي ما مر، ولكن لا يفسخ إلا الرهن وحده ويرد إلى ربه ويبقى الدين إلى أجله بلا رهن ولا يكون المرتهن أحق به في الموت والمسلف كمن له على رجل دين فأخذ منه بعد العقد وقبل الأجل رهناً على أن يؤخره لأبعد من أجله الأول، فلا يكون أحق به لأنه سلف ينفع أي لأنه انتفع بالتوثق في باقي الأجل الأول على التأخير الذي هو سلف فلا يرد ما مر عند قوله: وبجواز بيع محدود الأجل الخ. من أن التأخير بدين كابتداء سلف برهن فإن لم يعثر عليه في المتطوع به حتى حل الأجل ولم يدفع إليه ثمنه أو سلفه صار كأنه باعه الرهن بيعاً فاسداً فيفسخ ما لم يفت ويكون أحق به من الغرماء فتستوي هذه حينئذ والتي الرهن فيها في أصل المعاملة أي لأنه بيع فاسد وقع في الرهن عند الأجل، وقد قال سحنون: للمشتري سلعة شراء فاسداً حبسها في ثمنها إن فلس بائعها كما في المواق ونحوه للطرابلسي في حاشية المدونة عند نصها الآتي، وعزاه لابن القاسم وهذا كله إن كانت المعاملة إلى أجل والرهن في أصلها أو بعدها كما مرّ، وكذا لو كان البيع أو السلف على الحلول فرهنه بعد العقد رهناً ليؤخره إلى أجل بشرط إن لم يوفه دينه عنده فالرهن مبيع بالدين فيفسخ هذا الشرط ويأخذ المسلف سلفه والبائع ثمنه، ويكون أحق برهنه حتى يأخذ حقه، هذا ملخص ما في أبي الحسن مع بعض زيادة للإيضاح، وذلك على قولها ومن لك عليه دين إلى أجل فرهنك به رهناً على أنه إن لم يفتكه منك فالرهن لك بدينك لم يجز الخ.

تنبيه: علم مما مر أن النهي يستلزم الفساد وهو لا يستلزم عدم الاختصاص. واعلم أن المعاملة والرهن في هذا الباب تارة يكون الرهن صحيحاً والمعاملة فاسدة، وتارة بالعكس، وتارة يكون كل منهما فاسداً، فالأول يرد فيه السلعة والرهن، فإن فاتت السلعة المبيعة فالرهن في القيمة اتفاقاً، وأما الثاني فالغريم أحق بالرهن على ظاهرها وهو الأصح، وأما الثالث فيعلم حكمه من الوجهين قبله أي فالرد مع القيام والقيمة مع الفوات ويكون أحق بالرهن قال معناه الرجراجي انظر تمامه فيه.

فصل في اختلاف المتراهنين

في عين الرهن أو في حلول أجله وفي صفته وبدأ بالأول فقال:

٢٤٧ـ وفي اخْتِلافِ رَاهِنٍ وَمُرْتَهِنْ ... في عَيْنِ رَهْنٍ كانَ في حَقِّ رُهِنْ

فصل في اختلاف المتراهنين

في عين الرهن أو في صفته أو في حلول الأجل (**وفي اختلاف راهن ومرتهن في عين رهن كان في حق**) أي دين (**رهن**) فإن قال الراهن: ليس هذا رهني ورهني أفضل منه، وقال المرتهن: بل

(وفي اختلاف راهن ومرتهن) يتعلق بالمبتدأ في البيت بعده أو بخبره **(في عين رهن)** يتعلق باختلاف **(كان)** اسمها ضمير يعود على الرهن **(في حق)** يتعلق بقوله: **(رهن)** الذي هو خبر كان والجملة من كان وما بعدها صفة لرهن.

٢٤٨ـ الـقَـولُ قَـوْلُ رَاهِـنٍ إنْ صَـدَّقَـا مَـقَـالَـهُ شَـاهِـدُ حَـالٍ مُـطْـلَـقَـا

(القول) مبتدأ **(قول راهن)** خبره **(إن صدقا)** شرط حذف جوابه لدلالة ما قبله عليه **(مقاله)** مفعول بقوله صدقاً **(شاهد حال)** فاعل صدقا **(مطلقاً)** حال من الخبر، ولو قال الناظم:

وإن فـي ذات رهـنـه تـنـازعـا فـالـقـول لـلـراهـن أن شـبـهـا دعـا

لأغناه.

٢٤٩ـ كَـأَنْ يَـكُـونَ الـحَـقُّ قَـدْرُهُ مِـائَـهْ وَقِـيـمَـةُ الـرَّهْـنِ لِـعَـشْـرٍ مُـبَـدِئَـهْ

(كأن) خبر لمبتدأ محذوف **(يكون الحق)** اسم يكون وجملة **(قدره مائه)** من مبتدأ وخبر خبر يكون **(وقيمة الرهن)** مبتدأ **(لعشر)** يتعلق بقوله: **(مبدئه)** الذي هو خبر والجملة حالية. وظاهر قوله: في عين رهن أي عينه قائمة، لكن المرتهن يقول: إن هذه عينه والراهن يقول ليست هذه عينه بل هي غير هذه، ويحتمل أن يختلفا في عينه بعد ذهابها بزعم المرتهن فيختلفان في صفتها ويكون قوله في عين رهن على هذا على حذف مضاف أي في صفة عين رهن بعد هلكها في ضمان الراهن، والأول أقرب للفظ النظم وهو مذهب أصبغ في العتبية قال فيها: إن رهنه رهناً بألف فجاء ليقبضه فأخرج المرتهن رهناً يساوي مائة فقال الراهن: ليس هو رهني وقيمة رهني ألف دينار، وذكر صفة تساوي ذلك فالراهن مصدق مع يمينه لأنه ادعى ما يشبه وادعى المرتهن ما لا يشبه، ولما كان هذا النص مطلقاً فيشمل بظاهره المتهم وغيره إذ المطلق على إطلاقه لا يقيد بشيء قال الناظم: مطلقاً، وأما ما يشهد للاحتمال الثاني فهو قول عياض كما في أبي الحسن على قولها وإذا ضاع الرهن عند المرتهن فاختلف في قيمته تواصفاه، ويكون القول قول المرتهن في الصفة إلى آخر ما نصه فيه دليل على أن الدين ليس شاهداً للرهن، وأن القول قول المرتهن وإن لم يذكر من صفة الرهن ما يشبه وهو قوله في الموازية وفي العتبية لأصبغ خلافه، وإن الراهن إذا ادعى صفة تساوي قدر الدين فالقول قوله، فجعل الدين شاهداً للرهن اهـ. ولأشهب أن القول

هو رهنك **(القول قول راهن إن صدقا مقاله شاهد حال مطلقا)** أي منهما كان الراهن أولاً وليس هذا الإطلاق في النقل، فالصواب إسقاطه مثال شهادة الحال للراهن وتصديقها. **(كأن يكون الحق)** أي الدين **(قدره مائة وقيمة الرهن لعشر مبدئة)** مثلاً قال في العتبية: قال أصبغ فيمن رهن رهناً بألف دينار فقال الراهن: ليس هو رهني وقيمة رهني ألف دينار، وذكر صفة تساوي ذلك، فالراهن مصدق مع يمينه لأنه ادعى ما يشبه وادعى المرتهن ما لا يشبه. وقال أشهب: القول قول المرتهن، وإن لم يساوما أخرجه إلا درهماً واحداً وقاله عيسى عن ابن القاسم وابن عبد الحكم. ابن حبيب: وبه أقول. ابن يونس: كما لو قال لم ترهني شيئاً، وهذا هو المعتمد الذي تجب به الفتوى. (خ) وهو كالشاهد في قدر الدين لا العكس أي لا يكون الدين شاهد لقدر الرهن كما يشهد الرهن لقدر الدين حيث اختلفا فيه.

للمرتهن وإن لم يذكر إلا ما يساوي درهماً. ابن رشد: وقول أشهب إغراق في القياس، وقول أصبغ استحسان وهو أظهر، وقد قال مالك تسعة أعشار العلم الاستحسان، وكذا استغربه ابن عبد السلام ومال إليه ابن فرحون في تبصرته، ولذا اقتصر الناظم عليه كابن سلمون لكن المشهور في الصورتين أن القول للمرتهن وإن لم يشبه لأنه غارم ولأنه مؤتمن بجعله في يده ولم يشهد على عينه، بل لو قال لم ترهني شيئاً لصدق بيمينه، ولذا قال (خ): وهو كالشاهد في قدر الدين لا العكس أي فلا يكون الدين شاهداً لقيمة الرهن، ولو أراد الناظم التمشية عليه لقال:

والرهن شاهد لقدر الدين والعكس مرجوح بغير مين

وتنتهي شهادة الرهن لقدر الدين لمبلغ قيمته وما جاوز قيمته القول فيه قول الراهن، فإذا أقر الراهن أن الدين خمسة، وقال المرتهن عشرة، فإن كانت قيمة الرهن عشرة فأكثر صدق المرتهن، وإن كانت قيمته خمسة فأقل صدق الراهن، وكذا لو أقر الراهن أن الدين مائة وأن الرهن في خمسين منها وقيمته خمسون فالقول له فيدفع الخمسين ويأخذ الرهن وتبقى الخمسون الباقية بلا رهن، وتعتبر القيمة يوم الحكم عند ابن القاسم إن كان قائماً ويوم القبض إن كان تالفاً، ولا فرق لشهادته في قدر الدين بين أن يكون بيد المرتهن أو الأمين قائماً أو فائتاً في ضمان المرتهن، فإن فات في ضمان ربه كما لو قامت على هلاكه بينة أو كان مما لا يغاب عليه أو هلك بيد الأمين فلا يكون شاهداً لقدر الدين.

فائدة: قال في التبصرة: معنى الاستحسان أن تكون الحادثة مترددة بين أصلين أحدهما أقوى بها شبهاً وأقرب إليها والآخر أبعد فيعدل عن القياس على الأصل القريب إلى القياس على الأصل البعيد لجريان عرف أو ضرب من المصلحة أو خوف مفسدة أو ضرب من الضرر اهـ.

٢٥٠ـ والقَوْلُ حَيْثُ يَدَّعي مَنِ ارْتَهَنْ حُلُولَ وَقْتِ الرَّهْنِ قَوْلُ مَنْ رَهَنْ

و (**القول**) مبتدأ (**حيث**) ظرف مضمن معنى الشرطية منصوب بجوابه (**يدعي من**) موصول فاعل (**ارتهن**) صلته (**حلول**) مفعول يدعي (**وقت الرهن**) مضاف إليه (**قول من رهن**) خبر وجواب الشرط محذوف للدلالة عليه، وإنما كان القول للراهن لأنهما قد اتفقا على أصل الأجل واختلفا في خصوص الانقضاء والأصل عدمه. وهذا الحكم عام في كل متعاقدين اتفقا على الأجل واختلفا في انقضائه كانا متبايعين أو متراهنين أو متكاريين أو غير ذلك. (خ): وإن اختلفا في انتهاء الأجل فالقول لمنكر التقضي.

(**والقول حيث يدعي من ارتهن حلول وقت الرهن**) ويدعي الراهن عدم حلوله (**قول من رهن**) يعني أنه إذا اختلف المتراهنان في حلول الدين وعدم حلوله فالقول للراهن في عدم الحلول (خ): وإن اختلفا في انتهاء الأجل فالقول لمنكر التقضي، وقال في المقرب: لأن المرتهن قد أقر أن الحق إلى أجل وادعى انقضاءه والأصل الاستصحاب إلا أن يدعي الراهن من الأجل ما لا يشبه فلا يصدق وإن اتفقا على ذات الرهن (و) اختلفا (في) صفته (**كثوب خلق**) بفتح اللام مصدر يوصف به المفرد وغيره أو بكسرها صفة (**ويدعي جدته الراهن**) وأن المرتهن استعمله حتى أبلاه وادعى المرتهن أنه كذلك رهنه (**عكس ذا وعي**) أي فالقول للمرتهن إذا أشبه أيضاً كما قال: (**إلا إذا خرج عما يشبه في**

٢٥١ـ وفي كَثَوْبٍ خَلَقٍ وَيَدَّعِي جِدَّتَهُ الرَّاهِنُ عَكْسُ ذا وُعِي

(وفي كثوب) يتعلق بوعي آخر البيت (خلق) بفتح اللام أي بال وهو في الأصل مصدر يستوي فيه المذكر والمؤنث، ويجوز فيه كسر اللام على أنه اسم فاعل وعلى كل حال هو صفة لثوب (ويدعي جدته) مفعول (الراهن) فاعل (عكس ذا) مبتدأ (وعي) خبره يريد أن الراهن إذا ادعى جدة الثوب المرهون وأن المرتهن استعمله حتى أبلاه وادعى المرتهن أنه كذلك رهنه فالقول للمرتهن.

٢٥٢ـ إلاَّ إذا خَرَجَ عَمَّا يُشْبِهُ وفي ذَا وذَا فَالْعَكْسُ لا يُشْتَبِهُ

(إلا) استثناء (إذا) ظرف مضمن معنى الشرط (خرج) فاعله ضمير مستتر يعود على من كان القول له وهو في المسألة الأولى الراهن وفي الثانية المرتهن (عما يشبه) يتعلق بخرج، والجملة في محل جر بإضافة إذا والناصب للظروف جوابه الآتي (في ذا) يتعلق بخرج (وذا) معطوف على ما قبله والإشارة الأولى ترجع لقبول قول الراهن في مسألة الاختلاف في الأجل، والثانية ترجع لقبول قول المرتهن في الاختلاف في الصفة أي: فإذا خرج الراهن عما يشبه من الأجل في الأول بأن ادعى أجلاً لا تتبايع الناس إليه غالباً في الأولى أو خرج المرتهن عما يشبه في الثانية. (فالعكس) مبتدأ وهو أن القول للمرتهن في الأولى وللراهن في الثانية (لا يشتبه) خبره والجملة جواب الشرط، ولكن تأمل كيف يخرج المرتهن عن الشبه في الثوب الخلق مع أنهم قالوا لو أخرج له رهناً لا يساوي إلاَّ درهماً فالقول له، اللهم إلا أن يقال إنه وجد به أثر الاستعمال الحادث ونحو ذلك، لكن لا يلزم من وجود أثر الاستعمال أن يكون هو الذي أبلاه، فلعل هذا إنما يأتي على ما درج عليه الناظم من أن الدين شاهد للرهن كما هو ظاهر سياق ابن سلمون، ويمكن أن يحمل الناظم على ما إذا اختلفا في صفة الثوب التالف فادعى الراهن جدته، وخالفه المرتهن وادعى أنه خلق فالقول للمرتهن إلا أن يأتي بما لا يشبه لقلة قيمة ما ذكره جداً فالقول للراهن كما قاله أشهب في أحد قوليه لكنه مخالف لإطلاق قول (خ) وإن اختلفا في قيمة تالف تواصفاه ثم قوم فإن اختلفا فالقول للمرتهن وإن تجاهلا فالرهن بما فيه الخ. فظاهر شراحه أن القول للمرتهن مطلقاً لأنه غارم وهو الموافق لما مرّ فإذا لم يختلفا في العين ولا في الأجل ولا في الصفة، بل في أصل الرهنية أو تلفه أو في المقبوض فالأول. قال ابن عرفة: لو ادعى حائز لشيء ارتهانه وربه إيداعه فالمذهب تصديق الراهن، اللخمي: إلا أن يشهد عرف لحائز كخاتم

ذا وذا) أي في الاختلاف في الحلول والاختلاف في الصفة (فالعكس) وهو أن يكون القول للمرتهن في الأولى كما مرّ وللراهن في الثانية (لا يشتبه) أي لا يلتبس ابن عتاب وكذا إن أتى بثوب خلق، وقال الراهن: كان جديداً فالقول قول المرتهن بيمينه إن أتى بما يشبه اهـ.

تتمة: فإن اختلفا في الرهنية كأن يقول أحدهما رهن، والآخر وديعة فالقول لمدعي نفي الرهنية ابن عرفة عن اللخمي: إلا أن يشهد العرف بضده كخاتم عند بقال أو خباز فإن اختلفا في مقبوض فقال الراهن عن دين الرهن وقال المرتهن: عن دين لا رهن فيه وزع المقبوض على الدينين بعد حلفهما كالحمالة. ولما كان الضمان كالرهن في التوثق عقبه به فقال.

عند بقال قال: ولو ادعى حائز لعبدين رهنهما وقال ربهما: بل أحدهما صدق ربهما ولو ادعى حائز عبد رهن جميعه، وقال ربه بل نصفه صدق ربه أيضاً خلافاً لابن العطار في هذه يزيد والدين ثابت في هذه الصور كلها، وهذا معنى قول (خ) والقول لمدعي نفي الرهنية. وفي المدونة لو ادعى حائز جبة وغطاء فتلف وقال: هو وديعة والجبة رهن وعكس ربها حلف كل منهما على نفي دعوى صاحبه وأخذ الجبة ربها ولا غرم على الحائز وقد قال بعضهم في هذه ما نصه:

والقول قول من نفى الرهنية إلا لعرف أو مع البعضية
أو يدعي البيع ورهناً أنت أو غير ما بيده ارتهنت

وأما الثاني فإن ادعى المرتهن رد الرهن المقبوض بغير بينة بعد قبض دينه وأنكره الراهن في رده حلف وضمنه المرتهن اتفاقاً لأن ما لا يصدق في تلفه لا يصدق في رده إلا أن يكون مما لا يغاب عليه فيصدق فإن ادعى الراهن أنه ما قبض الرهن حتى دفع الدين وخالفه المرتهن وقال: بل سرقته أو دفعته لك لتأتيني بحقي فالقول للراهن إن قام المرتهن بطول كالعشرة أيام وإلاَّ فالقول للمرتهن (خ): ولراهن بيده رهنه بدفع الدين، وأما الثالث فالقول للمرتهن ويغرم قيمة ما يغاب عليه لا غيره إلا أن يكذبه عدول في دعواه موت دابة كما مرّ، وإن رهنت أصول مع رسومها فادعى تلف الرسوم فإنه يغرم ما بين قيمتها برسومها وقيمتها بغير رسوم قاله ابن عرفة. وإن رهنت رسوم فادعى تلفها وشهد شاهد بأنها رئيت عنده بعد ذلك فإنه يضيق عليه بالسجن فإن طال ذلك حلف وأطلق. انظر مسائل الغصب من البرزلي، وأما الرابع وهو اختلافهما في المقبوض فقال الراهن عن دين الرهن، وقال المرتهن عن الدين الذي ليس برهن أن المقبوض يوزع على قدر الدينين فيصير الدين الباقي نصفه برهن ونصفه بلا رهن كما في (خ).

باب الضَّمانِ وما يَتعَلَّقُ به

من غرم وعدمه وسقوطه بفساد أصله ويعبر عنه بالحمالة أيضاً. ابن عرفة: الحمالة التزام دين لا يسقطه أو طلب من هو عليه هو له فقوله: لا يسقطه في محل رفع صفة لالتزام لا لدين

باب الضمان وما يتعلق به

ويقال أيضاً الحمالة وبه ترجم في المدونة ولم يعرفه الناظم. وقال ابن عرفة: الحمالة التزام دين لا يسقطه أو طلب من هو عليه لمن هو له. قوله: لا يسقطه هو في محل رفع صفة لالتزام لا في محل خفض صفة لدين أي التزام لا يسقط الدين عمن هو عليه لبقائه في ذمة المضمون واحترز به عمن التزم أداء دين عن آخر على أن يبرئه الطالب ولا يرجع هو عليه ورضي بذلك، وأما رضا المحال بالحوالة فخارج بقوله التزام دين لأنه يلتزم ديناً، وإنما التزم دينه من المحال عليه، وأما رضا المحال عليه فلا يشترط على المشهور وعلى اشتراطه فهو التزام أداء دين يسقط عن المحيل وقوله أو طلب هو بالجر عطف على دين أي التزام دين أو التزام طلب من هو عليه ويدخل فيه ضمان الوجه وضمان الطلب.

أي التزام لا يسقط لدين عمن هو عليه، وخرج به الالتزام المسقط للدين كمن تحمل عن ابنه ونحوه بصداق امرأته، وكمن التزم أداء دين عن آخر على أن يبرئه الطالب ولا يرجع هو عليه ورضي بذلك وهي الحوالة على غير أصل دين التي أشار إليها (خ) بقوله: فإن أعلمه بعدمه وشرط البراءة صح الخ. وكذا تخرج الحوالة على أصل الدين على القول باشتراط رضا المحال عليه أو بعدم اشتراطه ولكنه رضي لأنها التزام أداء دين يسقطه عن المحيل إما أن لم يرض على القول بأن رضاه لا يشترط فلم تدخل معنا إذ الالتزام لأداء الدين حينئذ. وقوله: أو طلب بالجر عطف على دين أي التزام دين أو التزام طلب ويدخل فيه ضمان الوجه وضمان الطلب وتقول في وثيقته ضمن فلان لفلان عن فلان جميع الدين الواجب عليه من وجه كذا وقدره كذا بعد معرفة الضامن بوجوب العدة للمضمون له على المضمون عنه بالوجه المذكور ضماناً لازماً لماله وذمته لانقضاء أجل كذا أو على الحلول بإذن المضمون عنه ورضاه وبموافقة المضمون له شهد عليهم بما فيه عنهم وهم بأتمه وعرفهم الخ. فإن سقط من الرسم المضمون له صح لأنه يجوز ضمان ما على ميت وغائب ونحوه، ويلزم الضامن ضمان ما عليه من الديون وإن لم يعلم بأربابها وقولنا: جميع الدين الخ. يدخل فيه عمل المساقاة لأنه في الذمة كالدين وثمن الجعل لأنه يلزم الجاعل بالشروع ويخرج به المعينات، فلا يجوز بخلاص سلعة بعينها إن استحقت على نحو ما يأتي في قوله: ويسقط الضمان في فساد الخ. حرفاً بحرف ولا في الحدود والعقوبات ولا في عارية ووديعة ولا قراض وشركة على أنها إن تلفت أتى بها بعينها فإن ضمن ما يترتب على العارية ونحوها بسبب تعد أو تفريط من القيمة صح ولزم، وهو الذي يقصده الناس كضمان بعض الدلالين لبعض على أنه إذا هرب ولم يأت به كان عليه قيمة ما هرب به، وكدابة اعترف بها مستحقها فأراد وقفها لشبهة أتى بها فترك وقفها إلى إثباتها بضامن لأن المعنى ضمان ما يخشى ممن هي بيده من تغييبها أو هروبه بها قاله ابن رشد، وأما ضامن الضرر الذي تأخذه الزوجة من زوجها فهو من ضمان الوجه وهو جائز في الحدود والعقوبات كما يأتي، وانظر (ق) فقد ذكر نظائر لا تصح بها الحمالة، ولا تجوز أيضاً في كتابة لأنها ليست بدين لازم وإن سقط من الرسم من وجه كذا أي بيع أو سلف ونحو ذلك لم يضر سقوطه لأنهما إن اختلفا في الوجه الذي ترتب به الدين فالقول للطالب وإن سقط منه مبلغ القدر ومعرفة الضامن به لم يضر أيضاً لجواز ضمان المجهول كما يأتي لأن العبرة بما يثبته عليه، وكذا إن سقط منه لماله وذمته الخ لأنه يحمل على المال كما يأتي في قوله: وهو بمال حيث لم يعين الخ. وكذا إن سقط منه رضا المضمون عنه إن كان على أصل الدين ببينة كما يأتي في قوله: ولا اعتبار برضا من ضمنا الخ. وإن لم يوافق المضمون له على الضمان ولم يقبله ضامناً لم يؤاخذ الضامن بشيء، وإن كان ضمان وجه أو طلب. قلت: بدل قولنا جميع الدين الخ. وجه فلان أو طلبه ليحضره إياه في وقت كذا بموضع كذا فإن عجز عن إحضاره ففي الطلب لا شيء عليه، وفي الوجه سيأتي في قوله: وإن ضمان الوجه جاء مجملاً الخ.

٢٥٣- وسُمِّيَ الضَّامنُ بالْحَمِيلِ كَذَاكَ بالزَّعِيمِ والكَفِيلِ

(وسمي الضامن) نائب **(بالحميل)** يتعلق بسمي **(كذاك)** سمي **(بالزعيم والكفيل)** وليس

(وسمي الضامن بالحميل كذاك) يسمى **(بالزعيم والكفيل)** ومراده بيان صيغ الضمان. ابن

مراده بيان ما يسمى به الضامن كما هو ظاهره، وإنما مراده بيان صيغ الضمان التي ينعقد بها وتدل عليه، فإذا قال: أنا زعيم أو حميل أو ضامن أو قبيل أو غريم بغين معجمة فمهملتين بينهما مثناة تحتية أو صبير أو مدين أو أذين فذاك كله ضمان. عياض: هذه الألفاظ كلها بمعنى واحد واشتقاق ذلك كله من الحفظ والحياطة فكان الكافل حافظ وحائط لما ولي من الأمور ولما التزمه من مال ونحوه. زاد في المدونة لو قال: هو لك عندي أو علي أو إلي أو قبلي فذلك كله حمالة إن أراد الوجه لزمه، وإن أراد المال لزمه اهـ. وما ذكره من أنه يرجع لقصده في جميع تلك الألفاظ هو مذهب الأكثر كما في معتمد الناجب بناء على أن الأصل عدم الضمان فلا يوجد إلا بتفسيره وعلى هذا اقتصر اللخمي والمتيطي، وصدر به في الجواهر. ابن رحال: وهو التحقيق وصوب عبد الحق وتبعه ابن رشد وابن يونس أنه لا يصدق في إرادة الوجه إلا بدليل من لفظ أو قرينة وإلاّ فهو محمول على المال لأنه المتبادر عند سماع هذه الألفاظ، ولقوله عليه السلام: «الزعيم غارم» وعليه عوّل (خ) حيث قال: وحمل في مطلق: أنا حميل أو زعيم أو قبيل وشبهه على المال على الأرجح اهـ. فمراده بالمطلق ما عري عن التقييد بالمال والوجه بلفظ ولا قرينة كما في ابن عرفة، وأما إن قلنا مراده بالمطلق ما عري عن التقييد والنية لكان كلامه موافقاً لما مر عن المدونة، وأنه إنما يحمل على المال إذا لم ينوِ شيئاً وفهم من النظم ومما مرّ أن قوله هو ثقة ليس بضمان وأفتى أبو شاكر حسبما في البرزلي عن ابن الحاج في الرجل يقف بسوق الدواب والبقر يقول في رجل عاملوه هو ثقة أن ذلك كالضمان يلزم الغرم، وأفتى غيره بأنه يحلف ما أراد بذلك ضماناً وبرءاً، ونحوه في ابن سلمون. البرزلي: حكى ابن رشد في شرحه قولين في قوله ثقة هل يضمن أو لا بناء على أن الغرور بالقول هل يلزم به الضمان أو لا، وهو المشهور، وأما إن قال: أنا ضامن لما أفسد فلان أو أضرّ به الناس أو سرقه أو هرب به في السوق ونحوه فإن الضمان لازم له في جميع ما أفسده إذا ثبت ذلك بواجب الثبت كما في ابن الحاج أو نحوه في الشامل عن أصبغ، وهذا من الحمالة المترقبة كقوله: أنا حميل بما يثبت على فلان أو بما يوجبه الحكم عليه فهي حمالة بكل ما ثبت وبكل ما أوجبه الحكم كما لعياض ابن عرفة: وجهل قدر المتحمل به غير مانع اتفاقاً اهـ. وظاهر هذا ولو تبينت مخالفته لظنه بكثير، وانظره مع قول اللخمي عن ابن القاسم في العتبية أن هبة المجهول يفرق بين مخالفتها للظن بكثير فلا تجوز، وإلا جازت. ومنه إن قال داين فلاناً وأنا حميل بما داينته به لكن إنما يلزمه فيما يشبه أن يعامل به على المعتمد، وذهب الشافعي والثوري والليث إلى عدم جوازها بالمجهول وهو أظهر لأنه بصدد الأداء ولا يدري قدر ما يسلفه ويؤديه والسلف أخو البيع.

٢٥٤ــ وَهُوَ مِنَ المَعْرُوفِ فَالمَنْعُ اقْتضَىٰ ۞ مِــنْ أَخْــذِهِ أَجْــراً بِــهِ أَوْ عِــوَضَــا

(وهو) مبتدأ **(من المعروف)** خبر **(فالمنع)** مفعول بقوله: **(اقتضى)** وفاعل اقتضى ضمير

عرفة: الصيغة ما دل على الحقيقة عرفاً فيها من قال: أنا حميل بفلان أو زعيم أو كفيل أو ضامن أو قبيل أو هو لك عندي أو إلي أو قبلي فهي حمالة لازمة إن أراد الوجه لزمه، وإن أراد المال لزمه. عياض: ومثلها أذين أو غرير وصبير وكوير اهـ. فإن لم يزد وجهاً ولا مالاً حمل على المال كما يأتي **(وهو)** أي الضمان **(من المعروف)** والبر **(فالمنع اقتضى من أخذه أجراً به)** أي لأجل كون الضمان من

يعود على كونه من المعروف (من أخذه) يتعلق بالمنع (أجراً) مفعول بأخذ (به أو عوضاً) معطوف عليه أي لكون الضمان من المعروف امتنع أن يأخذ الضامن عليه أجراً أو جعلاً وظاهره من رب الدين أو المدين أو غيرهما وهو كذلك، فإذا وقع الضمان بجعل يأخذه الضامن من الطالب أو من المطلوب بعلم الطالب سقطت الحمالة فيهما، والبيع صحيح لازم في الصورة الأولى لأن المشتري لا علم له بما فعله الطالب مع الحميل، وأما الثانية فالبائع مخير في أن يمضي بيعه بغير حميل أو يرده، والجعل مردود على كل حال، وأما إن أخذه من المطلوب بغير علم الطالب فالجعل ساقط والحمالة لازمة لأنه غره حتى أخرج سلعته من يده، وكذا يرد الجعل لو كان من أجنبي للضامن سواء علم رب الدين بذلك أم لا. والحمالة لازمة مع عدم العلم فقط، وكذا لو التزم العهدة عن البائع للمشتري بجعل يأخذه من المشتري أو من البائع فعلم المشتري فالجعل مردود، والالتزام ساقط فترجع العهدة على البائع، فإن كان الجعل بغير علم المشتري فالجعل غير لازم والالتزام لازم قاله في البيان فقول الناظم: من أخذه مصدر مضاف للفاعل الذي هو الضامن، ومفهومه أن الجعل إذا لم يكن للضامن بل لرب الدين ليأتي بضامن أو للمدين ليأتي به أيضاً لم يمتنع وهو كذلك في الأول مطلقاً، وفي الثاني إن حل الأجل كما أشار له الناظم في البيت بعده.

تنبيهان. الأول: هذا أحد الثلاث التي لا تكون إلا لله المجموعة في قول القائل:

القرض والضمان رفق الجاه تمنع أن ترى لغير الله

ونقل في المعيار عن القوري أن العلماء اختلفوا في ثمن الجاه فمن قائل بالتحريم بإطلاق ومن قائل بالكراهة بإطلاق ومن مفصل وأنه إذا كان ذو الجاه يحتاج إلى نفقة وتعب وسفر فأخذ أجرة مثله فذلك جائز وإلا حرم اهـ. ابن رحال: هذا التفصيل هو الحق وإنما يحرم ثمن الجاه إذا كان ينتفع غيره بجاهه من غير حركة ولا مشي فقول (خ) عاطفاً على الممنوع وذي الجاه الخ. مقيد بهذا أي من حيث جاهه فقط.

الثاني: أفهم قوله من المعروف الخ. أن دعوى الضمان المجردة لا تتوجه فيها اليمين على المنكر قال في معاوضات المعيار عن العقباني: الأصح والمشهور أن دعوى الضمان لا تتوجه فيها اليمين على المنكر لأن ذلك من دعوى المعروف والتبرع كدعوى الصدقة اهـ ونحوه لابن فرحون

المعروف امتنع أن يؤخذ عليه جعل ابن يونس، قال مالك في كتاب محمد: لا خير في الحمالة بجعل ابن القاسم: فإن نزل وكان يعلم صاحب الحق سقطت الحمالة ورد الجعل، وإن لم يكن يعلمه فالحمالة لازمة للحميل ويرد الجعل على كل حال وقاله أصبغ، وسواء في المنع كان الجعل من المدين أو من رب الدين أو غيرهما للغرر لأنه إذا تحمل بمائة على أن يعطيه عشرة قد يعدم المدين فيخسر الضامن تسعين وقد يؤدى فيربح العشرة وإن أدى الضامن ثم رجع عليه كان سلفاً جر نفعاً قاله المازري. **(أو عوضاً)** كضمان مضمونه كأن يقول: إضمني لفلان وأنا أضمنك لفلان، أو متى احتجت إلا مسألة واحدة تستثنى من ذلك، وستأتي في قوله: وباشتراك الخ. هذا كله إذا كان الجعل يصل للحميل فإن كان يصل للمدين هو ما أشار له بقوله:

في فصل الدعاوى التي لا توجب اليمين. وقال البرزلي: إن الخلاف فيها يجري على الخلاف في دعوى الإقالة وتقدم التنبيه عليه عند قوله: وفي الإقالة ابن عتاب يرى الخ. وذكر البرزلي أيضاً أواخر الشهادات ما نصه: إذا ادعى أنه ضمن له ذهباً عن غريم فأنكر توجهت عليه اليمين فإن نكل حلف المدعي واستحق قال: وكأني أذكر في حاشيته أنه لا تترتب عليه يمين إلا بعد ثبوت أصل الحق وفي موضع آخر إن ادعى أنه تحمل له بذلك في أصل العقد جرت على دعوى المعروف اهـ.

٢٥٥ـ وَالحُكْمُ ذَا حَيْثُ اشْتِرَاطُ مَع ضَمِنْ حَطًّا مِنَ المَضْمُونُ عَمَّنْ قَدْ ضُمِنْ

(والحكم) مبتدأ (ذا) خبره والإشارة للمنع (حيث) ظرف يتعلق بالحكم (اشتراط) مبتدأ (من) موصول مضاف إليه المصدر من إضافته لفاعله (ضمن) بفتح الضاد وكسر الميم فاعله ضمير يعود على من هو الرابط بين الصلة والموصول (حطّاً) بالطاء المهملة مفعول باشتراط (من المضمون) يتعلق به، وكذا (عمن قد ضمن) بالبناء للمفعول وقد للتحقيق، والجملة صلة الموصول المجرور بمن وخبر المبتدأ الذي هو اشتراط محذوف أي كائن ونحوه، والجملة في محل جر بإضافة حيث وجواب الشرط الناصب له محذوف أيضاً لدلالة ما قبله عليه، ومعناه أن الضامن إذا قال لرب الدين قبل الأجل حط من دينك عشرة عن المدين وأنا ضامن لك بالباقي فإنه يمنع على قول ابن القاسم لأن التوثق بالضامن في معنى التعجيل ففيه ضع وتعجل، وكذا لو أعطاه رهناً قبل الأجل على أن يحط عنه بعض الدين لأن العلة جارية أيضاً، فقد أخل الناظم بقيد كون ذلك قبل الأجل إذ لو كان بعده لجاز على المعتمد لأنه كابتداء سلف بحميل أو رهن خلافاً لمالك في العتبية وإطلاق الناظم يقتضي أنه درج عليه فلو قال:

كذاك جعل للمدين قد حصل من ربه أو غيرها قبل الأجل

لكان أسهل معنى وأقرب تناولاً وأنه لا مفهوم لقوله حطّاً بل كذلك لو أعطاه رب الدَّين أو أجنبي ديناراً مثلاً ليأتي بضامن قبل الأجل للعلة السابقة لأن ما أخذه في معنى الإسقاط لمقابله من الدين مع تعجيل حقه بتوثقه فإن كان الجعل لملاطف المدين في هذه أو لملاطف الضامن في

(والحكم ذا) أي المنع (حيث اشتراط من) أي الذي (ضمن) أي شرط الضمان على رب الدين (حطاً من) المال (المضمون عمن قد ضمن) وهو المدين يعني إذا قال رجل لرب الدين حط عن غريمك عشرة من المائة وأنا حميل لك بالباقي إلى أجل فإن كانت المائة حالة فقال مالك في العتبية: لا يصلح ذلك وكأنه قال له اعطني عشرة وأنا أتحمل لك. وقال في الموازية: لا بأس به لأنه كان له أن يأخذه بحقه حالاً فتأخيره إياه كابتداء سلف بحميل، وبه قال ابن القاسم وأشهب وغيرهما وإن كانت المائة مؤجلة فقال أشهب: لا بأس به، وقال ابن القاسم: لا يجوز لأن أخذه الكفيل في حكم تعجيل الحق فأشبه ضع وتعجل وهو ممنوع، وكلام الناظم شامل للصورتين وهو خلاف المعتمد في الأولى فيقيد كلامه بما إذا كان الدين غير حال ليجري على الراجح. الزرقاني: وفقه المسألة أن الجعل للضامن ممتنع سواء كان من عند رب الدين أو من عند المدين أو من عند أجنبي، وإن الجعل من رب الدين للمدين ليأتي له بضامن ممتنع إن لم يحل الأجل وإلا جاز وملاطف كل كهو.

الأولى فيجوز إلا أن تقوم قرينة على أن الضامن إنما ضمن لأجل ما أخذه ملاطفة أو المدين إنما أتى بضامن لذلك أيضاً فيمتنع حينئذ قاله (ز)، والذي للخمي أن الحميل لو قال: أنا أتحمل لك على أن تعطي لفلان غير الغريم ديناراً لم يجز، ووجهه أنه لما أخذه فلان بسببه فكأنه هو الذي أخذه فيكون ضماناً بجعل اهـ. فلم يقيد بملاطف ولا بغيره.

٢٥٦ـ وَبـاشْـتِـرَاكٍ وَاسْـتِـوَاءٍ فـي الْـعَـدَدْ تَـضَـامُـنٌ خُـفِّـفَ فِـيـهِ أَنْ وَرَدْ

(وباشتراك) يتعلق بقوله تضامن وباؤه بمعنى مع **(واستواء)** معطوف على ما قبله **(في العدد)** يتعلق بما قبله يليه **(تضامن)** مبتدأ مصدر تضامن **(خفف)** بالبناء للمفعول **(فيه)** نائبه والجملة خبر المبتدأ **(أن)** بفتح الهمزة مجرورة بلام الجر محذوفاً **(ورد)** صلة أن، والمعنى أن ضمان شخص على أن يضمنه الآخر الآن أو متى احتاج ونحو ذلك ممنوع لأنه من ضمان بجعل فهو داخل تحت قوله فيما مر أو عوضاً، لكن استثني من ذلك صورة واحدة وهي أن يشتري اثنان مثلاً سلعة معينة على الشركة بينهما وتساويا فيها ويضمن كل منهما الآخر فيما عليه من ثمنها أو يبيعا سلعة مشتركة بينهما ويضمن كل منهما الآخر فيما يلحقه من درك العيب والاستحقاق أو يسلما في سلعة بينهما ويتضامنا فيها أو اقترضا شيئاً وتساويا فيه، فإنه خفف التضامن في ذلك كله في الأولى اتفاقاً وفيما بعدها على الأصح كما في الشامل لورود ذلك عن السلف ومفهوم اشتراك واستواء أنه لو اشترى أو باع كل واحد منهما وحده أو اشتركا على التفاوت كالثلث والثلثين لم يجز إلا أن يضمن صاحب الثلث للآخر الثلث فقط وإلى هذين والتي قبلها أشار (خ) بقوله: وفسدت بكجعل وإن من عند ربه لمدينه وإن بضمان مضمونه إلا في اشتراك شيء بينهما أو بيعه كقرضهما على الأصح فقوله: بكجعل أي وصل للضامن مطلقاً، وقوله: وإن من عند ربه يعني أو من أجنبي وصل للمدين لكن قبل الأجل كما مرّ في البيت قبله.

ولما تكلم على ما ينعقد به الضمان وأنه لا يصح بجعل شرع في الكلام على من يصح منه لأن الضامن متبرع بما يضمنه، والتبرع إنما يصح ممن لا حجر عليه فقال:

٢٥٧ـ وَصَـحَّ مِـنْ أَهْـلِ الـتَّـبَـرُّعَـاتِ وَثُـلْـثِ مَـنْ يُـمْـنَـعُ كَـالـزَّوْجَـاتِ

(وصح) فاعله ضمير يعود على الضمان **(من أهل التبرعات)** يتعلق به فيدخل المكلف الذي لا حجر عليه بحال ولو أخرس ويخرج الصبي والمجنون والسفيه فلا يصح ضمانهم وإن أجازه الولي، ويخرج أيضاً الذي أحاط الدين بماله إن لم يجزه الغرماء ويخرج المكاتب والمأذون له إن لم

(باشتراك) في بيع أو قرض **(واستواء في العدد)** المضمون وإن لم يتساويا في القدر المشترى **(تضامن خفف فيه)** يعني أن ضمان شخص على أن يضمنه الآخر هو من باب الضمان بجعل كما مرّ ولكن خفف فيه وأجيز فيما إذا اشترى اثنان مثلاً سلعة مشتركة بينهما وتساويا فيها فلا بأس أن يضمن كل واحد منهما صاحبه للعمل فقوله: **(إن ورد)** هو بفتح الهمزة ليس إلا أي إلا البرودة عن السلف، فلو اشترى كل وحده واشتركا على التفاوت كالثلث والثلثين لم يجز إلا أن يضمن صاحب الثلث لصاحبه الثلث فقط (خ): أو فسدت بكجعل وإن من عند ربه كمدينه وإن بضمان مضمونه إلا في اشتراء شيء بينهما أو بيعه كقرضهما على الأصح **(وصح)** الضمان **(من أهل التبرعات)**

يجزه السيد أيضاً، وأحرى غيرهما من مدبر ومبعض وأم ولد، فالمراد بالصحة في كلامه اللزوم ومفهومها فيه تفصيل تارة يكون غير صحيح وغير لازم وتارة يكون صحيحاً، ولكن يتوقف على إجازة الغير كما ترى (وثلث) بالجر مع سكون اللام عطف على أهل (من يمنع) بالبناء للمفعول صلة من (كالزوجات) خبر لمحذوف مثال لمن يمنع كالزوجات أي وصح الضمان ولزم من أهل التبرعات بكل المال وثلث من يمنع من التبرع بكله كالزوجة والمريض، ولك أن تجعل ثلث معطوفاً على مقدر قبل قوله: من أهل الخ. أي وصح الضمان ولزم في كل المال ممن له التبرع بكله وفي ثلث من يمنع من التبرع بكله كالزوجة، ومفهوم ثلث أن الزوجة والمريض لا يلزمهما الضمان في الزائد عليه، وإن كان صحيحاً ويتوقف على رضا الزوج والورثة وللزوج حينئذ رد الجميع ولو ضمنته هو لا الزائد فقط بخلاف الوارث فإنما له إن مات المريض رد الزائد فقط ولو ضمنه هو وظاهره أنه لا يرد الثلث ولو قصد به الضرر وهو كذلك. وظاهره أيضاً أن الزوجة لا تصدق أنه أكرهها على الكفالة عنه أو لغيره وهو كذلك إلا ببينة. قال أشهب: فإن زعمت أن الطالب عالم بالإكراه وكان ممن يظن به العلم كجار وقريب حلف فإن نكل حلفت وبرئت. انظر ابن عرفة وأبا الحسن فإن صح المريض من مرضه لزمه ما تكفل به مطلقاً ثلثاً أو أكثر تكفل لوارثه أو غيره كما يلزمه ما بتله في مرضه من صدقة ونحوها إلا لقرينة تدل على أنه أراد بها الوصية. اللخمي: فإن رجع عن الكفالة بعد أن صح وقال: كنت أردت بها الوصية لم يقبل قوله: إذا كانت في عقد البيع أو القرض ويختلف إذا كانت بعده اهـ. وظاهر النظم أنه ضمن في المرض وأما إن أقر في المرض أنه تكفل في الصحة فإنه لا يمضي في ثلث ولا في غيره قال فيها وما أقر به المريض أنه فعله في صحته من عتق أو كفالة أو حبس أو صدقة لوارث أو غيره فإقراره كله باطل ولا يجوز في ثلث ولا غيره اهـ. فحملها الأكثر على ظاهرها وتأولها الأقل على أن ذلك إذا أقر في مرضه أنه تكفل في صحته بعد عقد بيع أو قرض لأنه معروف حينئذ كالصدقة والحبس لا إن أقر أنه تكفل في عقد البيع أو القرض فذلك لازم له لأنه أخرج به الملك من يد مالكه ودرج في الشامل على تأويل الأقل فقال: ولو أقر في مرضه أنه ضمن في صحته في أصل عقد بيع أو قرض لزم لا بعده اهـ. وأما الزوجة إن تأيمت قبل الرد فيلزمها ذلك أيضاً، وانظر لو أقرت في حال التزوج أنها تكفلت في حال التأيم.

المطلقة وهو المكلف الرشيد الذي لا حجر عليه بحال، فأما المريض والزوجة فمحجر عليهما في زائد الثلث فيتوقف ضمانهما فيه على رضا الزوج والوارث، ويمضي في الثلث أحبا أم لا. كما قال: (وثلث) هو بالجر عطف على محذوف أي: وصح الضمان ويكون في مال الضامن كله إذا كان ممن لا يمنع من التبرع به وفي ثلث (من يمنع) من التبرع به كله (كالزوجات) والمرضى ثم المراد بالصحة هنا اللزوم فإنه الذي يختص بالثلث، وأما الصحة المتوقفة على الإجازة من الزوج أو الوارث فموجودة في الباقي أيضاً ففي المدونة قال ابن القاسم: وأما إذا أجاز الزوج كفالة زوجته الرشيدة في أكثر من الثلث جاز تكفلت عنه أو عن غيره، وإن تكفلت عنه بما يفترق جميع مالها فلم يرض الزوج لم يجز من ذلك ثلث ولا غيره، وإن تكفلت لزوجها ثم ادعت أنه أكرهها لم تصدق إلا ببيِّنة صح من التهذيب.

تنبيهان. الأول: قال في الشامل ولو تكفل في مرضه ثم تداين ما يستغرق ماله سقطت الحمالة إن مات ولا يحاص بها ونحوه في المدونة. أبو الحسن: لأن الدين عن عوض والكفالة في المرض وصية من غير عوض وما كان عن عوض أولى بما كان عن غير عوض.

الثاني: إذا ادعى على ذات الزوج بدعوى أكثر من ثلث مالها فنكلت عن اليمين فإن الطالب يحلف ويأخذ ولا كلام لزوجها ولا يكون نكولها كتبرعها كما في البرزلي.

٢٥٨ـ وَهُـوَ بِـوَجْـهٍ أَوْ بِـمَـالٍ جَـارِ وَالأَخْـذُ مِـنْـهُ أَوْ عَـلَـى الـخِـيَـارِ

(وهو) أي الضمان أنواع مبهم كأنا حميل أو زعيم أو نحوهما. وقد تقدم وسيأتي أيضاً وضمان بمال وللحميل الرجوع به على المضمون إلى في حمالة الصداق أو الثمن في عقدي النكاح والبيع فلا رجوع له إن كان بلفظ الحميل أو صرح بعدم الرجوع كما أشار له (خ) بقوله: ولا يرجع أحد منهم إلا أن يصرح بالحمالة أو يكون بعد العقد الخ. كما لا يفتقر لحيازة كما يأتي في النكاح وضمان بمال مترقب كأنا حميل بما يثبت على فلان أو بما يوجبه الحكم عليه، وهي لازمة فيما ثبت على فلان بالبينة أو بإقرار المضمون قبل الضمان أو بعده وكان ملياً وإلاَّ فقولان، فإن قال: داينه وأنا حميل بما داينته به فللحميل الرجوع عن ذلك قبل المعاملة وإلا لزمه فيما يشبه أن يعامل به كما مر، وضمان بوجه، والمشهور لزوم الغرم إن لم يحضره ولم يشترط نفي المال وضمان طلب ويصح في كل شيء حتى فيما يتعلق بالأبدان من القصاص ونحوه، ومن هذا النوع ضمان الوجه الذي اشترط فيه نفي المال فقوله: (بوجه) صادق بالوجه المطلق وبالوجه الذي اشترط فيه نفي المال وبالطلب، لكن الحكم في الأول لزوم الغرم كما يأتي في قوله: وإن ضمان الوجه جاء مجملاً الخ، بخلاف الأخيرين فلا ضمان عليه إلا أن يفرا فيغرم المال ويؤدب في القصاص (خ) كأنا حميل بطلبه أو اشترط نفي المال وطلبه بما يقوى عليه وحلف ما قصر وغرم إن فرط أو هربه وعوقب الخ. وقوله: (أو بمال) صادق بالمبهم على القول بأنه يحمل على المال وهو ظاهر قول النظم الآتي: وهو بمال حيث لم يعين الخ. وصادق بالمال الثابت والمترقب، وقد علمت تفصيله ومن المترقب أيضاً ضمان درك العيب والاستحقاق فيلزم الثمن للضامن من حين الدرك في غيبة البائع أو عدمه كما في المدونة (خ): ومثله ما يكتب اليوم في مستندات

(وهو) أي الضمان ثلاثة أنواع ضمان المال وضمان الوجه وضمان الطلب وقد يقول: أنا ضامن له أو حميل به أو نحوهما ولا يعين شيئاً فيحمل على المال كما في المدونة وغيرها، وسيأتي. وأشار الناظم لضمان الوجه بقوله: (بوجه) أي بإحضار وجه المضمون أي ذاته قال في التوضيح: هو عبارة عن الضمان بالمدين وقت الحاجة إليه ويبرأ بتسليمه المدين للمضمون له إن حل الحق ولو كان عديماً أو مسجوناً في حق آخر أو في غير مجلس الحكم إن لم يشترط أو في بلد آخر إن كان به حاكم فإن لم يسلمه بحال غرم المال كما سيأتي ويدخل في قوله: بوجه بعض صور ضمان الطلب كأن قال: لا أضمن إلا وجهه أو ضمن وجهه وشرط نفي المال ويبرأ في هذين ولو لم يحضره إذا طلبه بما يقوى عليه ولم يقدر عليه كما لو قال: أنا حميل بطلبه وإنما يغرم ههنا إذا فرط بأن لقيه وتركه أو أمره بالهروب من رب الدين وأشار إلى ضمان المال بقوله: (أو بمال) وقوله: (جار) خبر

البيع: والتزم فلان لفلان أنه إن قام عليه قائم في هذا البيع فعليه نظير ما يغرمه فلان أو نحو ذلك اهـ. تنبيه: إذا باع منه ضيعة إلى أجل وبعد مضي بعض الأجل ظهر منه خلاف ما كان يظهر عليه، وخشي صاحب الحق أنه إن بقي على حاله لا يجد عند الأجل قضاء فإن من حق البائع أخذه بوثيقة من رهن أو حميل أو يضرب القاضي على يديه في الضيعة، ويشهد أنه منعه من التصرف ويظهر ذلك قاله اللخمي. قال البرزلي: هذا مثل ما قاله أبو عمران في الغريم يريد سفراً قبل الأجل أو ظهرت منه وجوه ريبة أنه يريد التغيب والهروب أو السفر إلى بلد لا تجري فيه الأحكام فإنه يتوثق منه قاله في نوازل البيوع، ونقله في المعيار في أواسط المعاوضات منه، وتأمل قول (خ) للغريم منع من أحاط الدين بماله من تبرعه وسفره إن حل بغيبته. (جار) خبر عن الضمير المنفصل والمجروران قبله يتعلقان به (والأخذ) مبتدأ (منه) خبر وضميره للمدين أي الأخذ كائن منه (أو) كائن (على الخيار) فهو معطوف على الخبر، وأو لتنويع الخلاف أي الأخذ كائن من المدين فقط على قول مالك المرجوع إليه وهو المشهور كما قال (خ) ولا يطالب الضامن به أي بالدين إن حضر الغريم بالبلد حال كونه موسراً تناله الأحكام غير ملد، وبه كان العمل قديماً كما في ابن مغيث وغيره أو كائن على خيار رب الدين إن شاء أخذه من الضامن أو المدين وهو قول مالك المرجوع عنه، وبه صدر ابن الحاجب وابن سلمون، وبه العمل الآن بفاس وما والاها قال ناظم عملها:

وصاحب الحق مع الإحضار غريمه الموسر الخيار... الخ

قال اليزناسي: وعمل تلمسان وفاس ومراكش يتبع عمل الأندلس في هذه المسألة وغيرها لا عمل تونس ومصر اهـ. ثم إن تبع أحدهما فلا رجوع له على الآخر إلا أن يعدم، وإذا رجع على الضامن فسجنه فللضامن أن يسجن المدين لأنه بالوجه الذي يقضي به على الضامن يقضي به على المدين، وهذا مما لا إشكال فيه، بل للحميل أن يطالب المدين بالأداء ليبرأ من الحمالة ولو لم يطلبه رب الدين خلافاً لما كان يفعله بعض جهلة قضاة الوقت من أن الضامن لا يمكن من طلب المدين حتى يؤدي ففي ابن سلمون: إذا كان الحق قبل شخصين وهما متضامنان فيه أيهما شاء صاحب الحق أخذه بحقه فإن أخذه من أحدهما فحبسه فأراد المحبوس أن يحبس صاحبه فله ذلك ويعمل به مثل ما يعمل صاحب الدين بالغريم قاله ابن القاسم في سماع عيسى بن رشد لأنه ضامن لصاحب الحق نصف الحق فإذا سجن كان له هو أن يسجن الآخر لما يجب له من الرجوع عليه اهـ. وإذا كان هكذا فالمرجوع إليه الذي هو المشهور أقرب لأنه من باب قولهم:

رأى الأمر يفضي إلى آخره فصير آخره أولا

عن هو وبوجه وبمال متعلقان بالخبر (والأخذ منه) أي من الغريم الحاضر بالبلد (أو على الخيار) يعني أنه اختلف إذا كان الضمان للمال، وكان المدين ملياً حاضراً بالبلد هل يتعين الأخذ منه. ولا كلام لصاحب الحق مع الضامن كما قال (ح) ولا يطالب إن حضر الغريم موسراً وهو قول مالك المرجوع إليه، وبه أخذ ابن القاسم. ابن رشد: وهو المشهور أو رب المال مخير في أن يأخذ حقه ممن شاء منهما وهو قول مالك المرجوع عنه. قال الشارح: واعتمده القضاة. قال اليزناسي: وبه العمل بفاس ومراكش وأحوازهما.

وتأمل قول (خ) في الشهادات: وللمقضى عليه مطالبتهما بالدفع للمقضى له وللمقضى له ذلك إذا تعذر من المقضى عليه.

تنبيهان. الأول: محل ما مر أن وقع الضمان محملاً أما إن شرط في أصل الضمان تقديم الضامن أو المدين أو شرط الضامن أن لا يؤاخذ في حضور الدين أو يسره أو بعد موته ونحو ذلك فيعمل بالشرط قطعاً.

الثاني: إذا اجتمع الرهن المفوض في بيعه والضامن فإن البداءة تكون بالرهن لا بالضامن على المشهور، لأنه بمنزلة حضور الضامن والمضمون إلا أن يكون في إثبات موجبات طول قاله في نوازل الخلع. وتأمل كيف يحتاج للإثبات مع كونه مفوضاً له في البيع فراجع ما مرّ عند قوله: وبجواز بيع محدود الأجل. الخ.

٢٥٩ـ وَلا اَعْتِبَارَ بِرِضَا مَنْ ضُمِنا إذْ قَدْ يُؤدّي دَيْنُ مَنْ لا أَذِنَا

(ولا) نافية **(اعتبار)** اسمها **(برضا)** خبرها **(من)** موصول مضاف إليه **(ضمنا)** بالبناء للمفعول صلته **(إذ)** تعليلية **(قد)** للتحقيق **(يؤدي)** بالبناء للمفعول **(دين)** بالرفع نائب **(من)** موصول مضاف إليه **(لا)** نافية **(أذنا)** بفتح الهمزة وكسر الذال فعل ماض وفاعله ضمير يعود على من ومتعلقه محذوف أي في أدائه والجملة صلة والجملة من قد يؤدي الخ. في محل خفض بإضافة إذ ومعناه أن الضمان لا يشترط فيه رضا المضمون، بل يصح ويلزم بغير إذنه لأنه يجوز أداء الدين عمن لم يأذن في أدائه عنه والضامن بصدد الأداء عنه فهو أحق منه، ففي المدونة ومن ادعى على رجل حقاً أي مالاً فأنكره فقال له رجل: أنا بوجهه كفيل إلى غد فإن لم يوافك به إلى غد فأنا ضامن للمال فإن لم يأت به في غد لم يلزم الحميل بشيء حتى يثبت الحق ببينة. عياض: ظاهره أن إقرار المنكر لا يلزم الكفيل به شيء، وقيل إقراره كقيام البينة وهذا دليل للكتاب أيضاً اهـ. وإليه أشار (خ) بقوله: أو قال لمدع على منكر إن لم آتك به لغد إلى قوله: إن لم يثبت حقه ببينة وهل بإقرار تأويلان، ووجه الدليل منه أن هذا منكر ومع ذلك صح الضمان عنه، وكذا

(ولا اعتبار برضا من ضمنا) بضم أوله مبني للمجهول أي لا يعتبر في صحة الضمان أو لزومه رضا المضمون بل يصح ويلزم الضامن حيث طالبه به صاحب الحق ولو قال المضمون: لا أرضى قال ابن القاسم: ولو قال اشهدوا أني ضامن لما قضى به لفلان على فلان أو قال: أنا كفيل بما ادعى به فلان على فلان وهما غائبان أو حاضران أو أحدهما لزمه لأن مالكاً أوجب المعروف على من أوجبه على نفسه، ولو غاب الضامن لكان ذلك في ماله اهـ. ثم استدل الناظم على ما ذكر بقوله: **(إذ قد يؤدي دين من لا أذنا)** في أدائه عنه. قال مالك: لو أن رجلاً أدى عن رجل حقاً كان عليه بغير أمره لكان له أن يرجع بما أدى عنه اهـ. والضامن بصدد أن يؤدي عنه فهو أخف من الأداء، وشرط هذا أن يقصد الرفق بالمدين لا إعناته والضرر به والهبة والتبرع عليه، وإلا لم يلزمه فيهما، ثم إذا كان الضمان بإذن المضمون ورضاه فللضامن طلب المدين بدفع الدين أو تخليصه عند الأجل، وإلاّ فلا طلب له إلا بعد الأداء قاله في المفيد، وهذا من فوائد قول الموثقين بإذنه ورضاه لأنه لمجرد الاحتياط والخروج من الخلاف كما قيل والله أعلم.

نص فيها أيضاً على أن الرجل إذا قال: ما كان لك قبل فلان الذي تخاصمه فأنا به كفيل أو قال داينه وأنا بما داينته به كفيل فإنه ضامن لما ثبت عليه بالبينة في ذلك كله ويختلف في الإقرار كالتي قبلها، لكن الخلاف الذي ذكره عياض في الإقرار خلاف قول ابن رشد كما في ابن عرفة لو قال لي على فلان حق فقال رجل: أنا به كفيل لم تلزمه الكفالة فيما أقر به المطلوب قولاً واحداً اهـ. فانظره فإن الاتفاق وإن لم يصح لا أقل أن يكون مشهوراً وفي معناه في الإقرار بعد الكفالة لا قبلها فتلزم كما في أبي الحسن عن ابن المواز، وقيد ابن يونس ما كان بعدها بما إذا كان المطلوب معسراً وإلا فتلزم، وهذا بخلاف ما لو قال رجل: لي على فلان ألف دينار فقال له شخص: أنا بها كفيل فإن الكفالة تلزم بإقرار المطلوب اتفاقاً كما قاله ابن رشد أيضاً: فهذه المسألة تخالف المسائل التي قبلها ولعله لما فيها من بيان العدد، واعترض ابن عرفة التفرقة بينهما فانظره فإن لم تكن بينة ولا إقرار وقد تكفل له بما عليه وادعى أن له عليه ألف درهم مثلاً وأن الكفيل عالم بذلك حلف الكفيل على علمه فإن نكل حلف الطالب واستحق كما في شفعة المدونة وابن يونس ثم لا يرجع الكفيل على الغريم بما غرمه بنكوله إلا أن يقر الغريم فإن لم يقر فللكفيل أن يحلفه فإن نكل غرم، وكذا إن قال: احلف أن ما تدعيه قبل فلان حق وأنا ضامن به وفلان حاضر ساكت أو غائب فإنه يلزمه ضمان ما حلف عليه أقر به المطلوب أم لا في هذه وليس له أن يرجع عن الضمان قبل الحلف، ثم إذا غرم الضامن فلا رجوع له على المطلوب إلا ببينة أو إقرار وللكفيل أن يحلف ثم يحلفه عند عدمها فإن نكل غرم. ابن رشد: أثر ما مر عنه من الاتفاق، وإنما اختلف فيمن قال: أنا كفيل لفلان بألف دينار له على فلان على ثلاثة أقوال: أحدها لابن القاسم اللزوم وإن أنكر المطلوب، وثالثها إن كان عديماً وعلى الأول لا يلزم المطلوب غرم للحميل إلا ببينة بالحق يعني أو بإقرار، وله أن يحلفه كالتي قبلها وإنما لزمه الضمان في هذه مع الإنكار على قول ابن القاسم وهو المعتمد، لأن الكفيل معترف بالكفالة شاهد بالدين فألغى ابن القاسم شهادته وأجازها مالك في رواية أشهب. وقال ابن المواز: إن كان ملياً جاز وإلاَّ فلا. وقد استفيد من ذلك كله أن رضا المضمون لا يشترط في لزوم الضمان لكن رضاه له فائدة، وهو أن الضامن إذا غرم تمكن من الرجوع على المضمون لأن رضاه إقرار بالحق بخلاف ما إذا لم يرض فلا رجوع عليه حيث لا بينة، وحلف أنه لا حق عليه وقد يموت ويحلف وارثه على العلم ويتفرع على ذلك أيضاً أن الضامن إذا أدى الحق لربه وطلبه برسم الدَّين ليتمكن من الرجوع به على المدين وادعى ربه أن الدين كان بلا رسم أو تلف فمن تضمنت وثيقة الضمان رضا المضمون عنه فهي قائمة مقام رسم الدين، وإلاَّ رد الطالب ما أخذه من الضامن إن حلف له أنه لا يعلم بذلك الحق كما مرّ ويتفرع عليه أيضاً أن الضمان إذا كان بإذن المضمون فللضامن مطالبة المدين بأدائه إن حل ليبرأ من ضمانه، وإن لم يكن بإذنه فليس له مطالبته إلا بعد أدائه قاله في الكافي والمفيد كما في ابن رحال، لكن ظاهره ما في شراح (ح) وهو ظاهر ما في السلم، الثاني: إن للكفيل طلبه بذلك ضمنه بإذنه أو بغير إذنه لأن الضامن حيث قصد بضمانه الرفق بالمضمون فلا فرق في ذلك بين الإذن وعدمه، ولو قصد الضرر لم يجز كما يأتي، وعلل في المدونة لزوم الضمان بغير الإذن بأن الضمان معروف وهو لازم لمن أوجبه على نفسه. أبو الحسن: إذا أشهد به على نفسه كما قاله هنا وفي كتاب المديان اهـ. وعليه فالصيغ المتقدمة إنما

تلزمه الكفالة بها إذا قال: اشهدوا أني كفيل ونحو ذلك وهو قول ابن سلمون إنما تصح الوكالة إذا أشهد بها الموكل ولعله لأنه لا يعلم منه الإيجاب على نفسه إلا بإشهاد أو قرينة تدل على أنه قصد إليه وإن لم يصرح به كإتيانه بموثقين ويقول لهم: إني كفيل الخ. وتأمل قول (خ) ولم يشهد على حاكم قال: ثبت عندي إلا بإشهاد، وبه تعلم ما في (ح) أوائل مسائل الالتزام من أن ذلك الإشهاد ليس شرطاً في اللزوم، وإنما خرج مخرج الغالب الخ. لأن أبا الحسن جعله شرطاً كما رأيته فقول الناظم: ولا اعتبار الخ. هذا بالنسبة لصحة الضمان ولزومه لا بالنسبة للرجوع فظهرت فائدة قول الموثقين بإذنه ورضاه وأن ذلك لمجرد الاحتياط والخروج من الخلاف هذا ما يتعلق بالشطر الأول، وأما الثاني فساقه الناظم دليلاً للأول وإنما كان دليلاً لأن الأداء أشد من الضمان لأن الضامن لم يحصل منه أداء وإنما هو بصدده، فإذا جاز الأداء بغير رضاه جاز الضمان بالأحرى. قال فيها: ومن أدى عن رجل حقاً بغير أمره فله أن يرجع به عليه، وكذلك من تكفل عن صبي بحق قضى به عليه فأداه عنه بغير أمر وليه فله أن يرجع في مال الصبي اهـ. لكن بشرط أن يقصد بالأداء في هذه وبالضمان في الأولى الرفق بالمدين أو المضمون لا إعناته والضرر به ولا التبرع عليه وإلا فيرد كما أفاده (خ) بقوله وصح بغير إذنه كأدائه رفقاً لا إعناتاً فيرد كشرائه الخ فقوله: رفقاً راجع للضمان والأداء كما في (ز) قال أبو الحسن: والضرر من أفعال القلوب لا يعلم إلا بإقراره أو بقرائن تدل الشهود عليه. قلت: وهو ظاهر إذا كان الإقرار قبل الضمان والأداء أو عندهما لا إن كان بعدهما فإن تنازعا في أنه دفعه عنه محتسباً فالقول للدافع لأن الأصل عدم خروج ملكه إلا على الوجه الذي يقصده إلا أن تقوم بينة على كذب الدافع كأدائه عن الميت المفلس، ثم طرأ له مال لم يعلم به وطلب الرجوع فلا شيء له انظر (ح) عند قوله على الميت المفلس الخ.

٧٦٠- وَيَسْقُطُ الضَّمانُ في فَسادِ أَصْلِ الذِي فِيهِ الضَّمانُ بَادِ

(**ويسقط**) مضارع سقط (**الضمان**) فاعله (**في فساد**) يتعلق بيسقط (**أصل**) مضاف إليه (**الذي**) مضاف بعد مضاف وهو على حذف الموصوف أي أصل العقد الذي (**الضمان**) مبتدأ (**فيه**) يتعلق بالخبر الذي هو قوله (**باد**) أي ظاهر، والجملة صلة الذي والضمير المجرور هو الرابط ومعناه أن

(**ويسقط الضمان**) عن الضامن جملة (**في فساد أصل**) الشيء والعقد (**الذي فيه الضمان باد**) أي ظاهر. والمراد واقع وفيه متعلق بباد وهو مستغني عنه لتمام الكلام بدونه، والمعنى أن الضمان يسقط ويبطل إذا فسد المضمون فيه قال في التوضيح: أما لو كان الفساد في المتحمل به كما لو أعطاه ديناراً في دينارين إلى شهر وتحمل له رجل بالدينارين فثلاثة أقوال. الأول لابن القاسم في المدونة والعتبية والموازية أن الحمالة ساقطة ولا يلزم الحميل بها شيء علم المتبايعان أن ذلك حرام أم لا. علم الحميل بذلك أم لا. ووجهه أن الثمن لما سقط عن الأصل لفساد البيع سقط عن الحميل. والثاني: أن الحمالة لازمة علم الحميل بفساد البيع أم لا. لأن الكفيل هو الذي أدخل المتحمل له في دفع ماله للثقة به فعليه الأقل من قيمة السلعة أو الثمن الذي تحمل به. الثالث: التفصيل بين علم الحميل بالفساد فعليه أو لا فلا شيء عليه، وهما لابن القاسم في العتبية ثم قال: وهذا الخلاف إذا كانت الحمالة في أصل البيع الفاسد فإن كانت بعده فساقطة باتفاق اهـ وقريب منه في ابن سلمون.

المعاملة إذا كانت فاسدة بما قارنها من علل الفساد كبيعها وقت نداء الجمعة أو بقيمتها أو على حكمه أو حكم غيره أو رضاه أو دنانير بدراهم إلى أجل وأخذ منه كفيلاً فإن الكفالة ساقطة كانت في العقد أو بعده فلا مفهوم لقوله فيه، وإنما نص على محل الخلاف لأنها بعد العقد ساقطة اتفاقاً وظاهره فات البيع أم لا. ولا يكون حميلاً بالقيمة وهو قول ابن القاسم في المدونة والعتبية والموازية. ورواه عن مالك وقاله ابن عبد الحكم. ابن يونس: ووجهه أن المعاملة لما فسدت كان ما سمياه من الثمن الذي وقعت به الحمالة غير لازم فسقط عنه بسقوطه في أصل الشراء وعلى هذا درج (خ) حيث قال: وبطل إن فسد متحمل به الخ. وقيل تثبت الكفالة إذا فات البيع وعلى الكفيل الأقل من الثمن أو القيمة. اللخمي: وهذا إذا كان المشتري والحميل يجهلان فساد ذلك وإن كانا يعلمان أو يعلمه المشتري لم تلزم الحمالة وإن كان الحميل يعلم ولا يعلم المشتري لزمه ذلك لأنه غره اهـ بنقل أبي الحسن. وهذا التفصيل هو الذي عول عليه ابن سلمون وصاحب الطرر والجزيري والوثائق المجموعة والمتيطية ولفظ اختصارها، ولا تجوز الحمالة إلا في المعاملة الجائزة، وأما الفاسدة فالحمالة فيها ساقطة إذا علم الطالب بفسادها فإن لم يعلم لزم الحميل الحمالة بالقيمة قاله ابن القاسم ومالك في المدونة، وعليه فيقيد النظم ولفظ (خ) بذلك، وقد تقدم أن الرهن في البيع الفاسد يبقى رهناً بالقيمة، وقد علمت أن كلاً من الرهن والحميل أخذ للتوثق ومن صور الفاسد ما في المدونة عن ابن القاسم أن المبتاع إذا شرط على البائع خلاص السلعة إن استحقت وأخذ منه بذلك كفيلاً بطل البيع والكفالة كمن باع ما ليس له وشرط خلاصه، وقال غيره: تلزمه الكفالة لأنه أدخل المشتري في غرم ماله فعليه الأقل من قيمة السلعة يوم مستحق أو الثمن إلا أن يكون الغريم حاضراً ملياً فيبرأ. وقوله: يوم تستحق أو يوم القبض كما في أبي الحسن اللخمي، وقول ابن القاسم أقيس لأن تخليص السلعة ليس إليه وقد تحمل بما لا يقدر عليه من الوفاء به والثمن والقيمة لا يقع عليه حمالة والاستحسان قول الغير لتغليب أحد الضررين، فيلزمه الثمن أو القيمة إن كان أقل اهـ. عياض: ولو لم تستحق وفات رد البيع لزمت القيمة للمشتري ولا شيء على الحميل اتفاقاً من ابن القاسم والغير لأنه إنما ضمن تخليصها من الاستحقاق، وهذه لم تستحق اهـ. وقد علم من نصها المتقدم أن ما يفعله بعض الإشراك من بيع جميع الأرض المشتركة ويشترط للمبتاع أنه إن قام عليه بعض الإشراك فهو الذي يرضيه بالثمن أو بمعاوضة في أرضه الأخرى فاسد لا يجوز لأن ذلك من بيع ما ليس عنده فهو نوع من الخلاص المذكور، وكذا لو باع له الأرض المشتركة على أنه إن قام الشريك وأخذ حظه عاوضه في أرض أخرى كيلاً أو بغير كيل لم يجز كانت الأرض التي يعاوضه فيها معينة أو غير معينة لأن المبتاع لا يدري أي الأرضين اشترى، وكذا إن كان الملك له وحده وباعه على أنه إن استحق من يده عاوضه في أرض أخرى معينة أم لا. فإن التزم له بذلك بعد العقد، فالبيع جائز والشرط باطل قاله أبو الضياء مصباح حسبما في المعيار، وفي المتيطية: فإن تبايعا على أن الأرض إن لم تف بذلك وفاه من أرض معينة لم يجز أيضاً لأنه لا يدري ما تنقصه من الكيل ولا كم يأخذه من تلك الأرض ولا كم يترك منها وذلك كله غرر اهـ. وكذا نقل في الدر النثير عن الأخوين أن القوم إذا اصطلحوا في مواريث بينهم وكان بعضهم غائباً فيضمن الحاضرون رضا الغائبين إن كرهوا الصلح أن ذلك لا يجوز ويفسخ الصلح وذلك لأن الورثة صالحوا بما دفعوا وبما يرضون به الغائب وهو مجهول.

تنبيه: من هذا النمط إذا وقعت المباراة بين الزوج وزوجته على أن ضمن الأب أو غيره ما يلحق الزوج من درك فثبتت عليها ولاية أو غيرها مما يسقط الالتزام لزم ذلك للضامن وقضى به عليه قاله ابن العطار. وأنكر ابن الفخار قوله هذا وقال: إذا سقط الالتزام عن المضمون بثبوت ضرر سقط عن الضامن إذ لم يرتبط بذمتها حق لأنه قد ثبت ما يسقطه عنها، وكذلك الضامن لأنه إنما ضمن ما ظنه لازماً للمضمون عنها وإذا سقط الأصل فالفرع أولى بالسقوط اهـ. قال (ح) وكأن ابن الفخار أنكر عموم قوله أو غيرها فأخرج من ذلك ثبوت الضرر ويبقي ما عداه ويقيد بما في النوادر عن عبد الملك من أنك إذا بعت من مولى عليه وأخذت حميلاً بالثمن فرد ذلك السلطان وأسقطه عن المولى عليه، فإن جهلت أنت والحميل حاله لزمت الحمالة لأنه أدخلك فيما لو شئت كشفته وإن دخلت في ذلك بعلم سقطت الحمالة علم الحميل أم لا لبطلان أصلها اهـ. وانظر ترجمة الخلع من ابن سلمون وأوائل المعيار والفائق في موضعين، والذي يتحصل من كلامهم إنه إذا ثبت الضرر وقامت به المرأة أو أحد بسببها فلا رجوع على الحميل. ابن سراج: وهو الصحيح الفائق وهو المعتمد المفيد وبه العمل، أبو الحسن عن ابن سهل: وهو الذي يأتي على قول ابن القاسم ومقابله يأتي على قول الغير فإن ماتت وقام وارثها بالضرر فلا رجوع له على الحميل قاله في الفائق وظاهره اتفاقاً، وأما إذا ثبت سفهها فيرجع على الحميل إذا لم يعلم المضمون له بسفهها كما تقدم عن النوادر، وأما إن ثبت عدمها فالذي اقتصر عليه في اختصار المتيطية الرجوع على الضامن وهو الجاري على القواعد، وإن كان ابن سلمون حكى في ذلك قولين فهي ثلاثة أقسام تارة يثبت الضرر وتارة يثبت السفه وتارة العدم، وقد علمت الراجح في كل منها قاله أبو العباس الملوي.

قلت: نقله (ح) عن عبد الملك بن الماجشون خلاف مذهب ابن القاسم وأصبغ من أن الحمالة لازمة في التحمل بالثمن عن البكر والسفيه، سواء علم الحميل والمضمون له بالسفه أو جهلا أو علم الحميل دون المضمون له اتفاقاً في الأخير وخلافاً لابن الماجشون في الأولين قاله في المتيطية عن بعض الشيوخ. ومراده به ابن رشد قال أصبغ: ويغرم الضامن الثمن ويسقط عن السفيه. ابن رشد، وقول ابن الماجشون بسقوطها في الأولين بعيد فإن علم المضمون عنه دون الحميل سقطت باتفاق قال أصبغ: وهذا إذا تحمل بما يدركه من قبله فإن قال: أنا ضامن ما يدركك من السفيه في الشراء منه لم تلزم لأنه لم يدركه من السفيه فيما اشتراه منه بسفهه، وإنما أدركه بسببه إلا أن يكون السفيه هو القائم بذلك عن نفسه فحسنت حاله فقام بذلك عنه قائم ووافقه، فإن الضامن يكون ضامناً لأنه أدركه منه وإلاَّ فلا؛ ابن رشد وتفرقة أصبغ بين التحمل بما يدركه منه أو من قبله بين على ما تقتضيه الألفاظ انتهى باختصار. وهذا كله واضح إذا كان الضامن ضمن ذلك على أنه إن أدى شيئاً رجع به على المضمون كما هو ظاهر كلامهم المتقدم، وكما هي قاعدة الضمان في درك العيب والاستحقاق وغيرهما كما يأتي للناظم وغيره، وأما إن كان ضمن ذلك على أنه لا يرجع به إن أداه وهو ما يقصده الناس كثيراً فلا معنى لسقوط ذلك، وقد قال في المدونة: من قال لرجل طلق امرأتك ولك علي ألف درهم ففعل فالألف لازم له، وكذا إن قال له: بع سلعتك من فلان وعلي ثمنها كما في الالتزامات وغيرها فمن حجة الزوج أن يقول: لولا التحمل لرفعت الضرر عنها وأمسكتها إذ لا يطلق عليه بالضرر إلا إذا لم يرجع

عنه كما يأتي. ومن حجة البائع أن يقول: لولا تحملك ما بعت من السفيه لعلمي بأنه لا يلزمه، ويؤيد هذا ما يأتي عند قول الناظم: وللأب الصلح عن المحجور الخ. من أن الأب إذا تحمل بما حطه في الصلح فإن للولد الرجوع عليه في عدم المدين إذ لو كان تحمل الأب بمعنى الرجوع بما أدى لم يتأت للولد رجوع عليه في عدم المدين، فالتحمل مع علمهما بالسفه لا يكون إلا على وجه الحمل في الغالب، وهذا هو الذي يقصده الناس. ابن العطار: إذ لا تجد أحداً في الغالب يتحمل بالخلع أو يدرك المحجور إلا على وجه الحمل لا الحمالة، فالذي لابن الفخار إنما هو في الخلع المؤجل على المرأة يعطي به حميلاً أو في الخلع المدفوع تعطي حميلاً بدركه على أنها إن رجعت به رجع الزوج على الحميل فيرجع عليها، وهذا لا يقصد الناس إليه، وإنما يقصدون أنه إن حصل ما يخشاه الزوج من الرجوع عليه فالحميل يؤديه من ماله الخاص من غير رجوع به على أحد، ولا إشكال في لزوم هذا ولو أثبت الضرر والله أعلم. وتأمل قولهم في الوعد إذا كان على سبب ودخل الموعود في ذلك فهو لازم على المشهور وتأمل ما تقدم عن أصبغ في التحمل بالدرك منه لأنه اشترى منها المال بالعصمة ومما يشبه ما نحن فيه أو هو عينه قول (خ) ولا يرجع أحد منهم إلا أن يصرح بالحمالة أو يكون بعد العقد اهـ.

٢٦١ـ وَهُوَ بِمَا عَيَّنَ لِلْمُعَيِّنِ وهوَ بِمَالٍ حَيثُ لَمْ يُعَيِّنِ

(**وهو**) مبتدأ (**بما عين**) بالبناء للفاعل صلة ما والباء بمعنى في، والمجرور يتعلق بالخبر الذي هو قوله (**للمعين**) بكسر الياء وتشديدها اسم فاعل، والتقدير وهو أي الضمان لازم للمعين فيما عينه فيه من وجه أو مال (**وهو**) مبتدأ (**بمال**) خبره (**حيث**) ظرف خافض لشرطه منصوب بجوابه (**لم يعين**) بكسر الياء المشددة مبني للفاعل والجملة في محل جر بإضافة حيث وجوابها محذوف لدلالة ما قبله عليه، ومعناه أن الضامن إذا بين ما تحمل به من وجه أو مال أو طلب لزمه ما تحمل به كما مرّ في قوله: وهو بوجه أو بمال جار الخ. وإن لم يبين في اللفظ شيئاً بأن قال: أنا حميل لك به أو زعيم أو هو لك عندي أو علي أو إلي فإن هذه الألفاظ تحتمل الوجه والمال كما في أبي الحسن أي لك عندي ماله أو وجهه أو إلي أو علي ماله أو وجهه فإن لم ينو بذلك وجهاً ولا مالاً لزمه المال على ما به العمل كما في الفشتالي، وقد تبين بهذا أن الحمالة المبهمة هي التي تجردت عن النية وأما إن نوى شيئاً فيلزمه ما نواه، وبهذا قرر أبو الحسن المدونة وهو مذهب الأكثر كما مرّ أول الباب وعليه فقول الناظم: لم يعين أي لم ينو شيئاً وهذا بعيد من اللفظ، والظاهر أنه درج على ما لابن يونس ومن معه من أنه إذا أبهم فلا يصدق في إرادة الوجه كما مر، وعليه فقوله لم يعين أي أبهم ولم يعين بلفظ ولا قرينة، وأما مجرد النية فلا يصدق فيها فإن قال: أنا حميل بفلان فهو ظاهر في حمالة الوجه كما لأبي الحسن فإن تنازعا فقال الحميل:

(**وهو**) أي الضمان على ثلاثة أوجه كما مرّ فإن عين الوجه أو المال كان (**بما عين لـ**)ـذلك لـ(**ـلمعين وهو بمال**) أي مصروف إليه (**حيث لم يعين**) وإنما قال: أنا حميل أو زعيم أو كفيل، ولم يرد بذلك المال ولا الوجه، فإن قال: أردت أحدهما صدق قاله في المدونة فإن قال: شرطت الوجه. وقال الآخر: شرطت عليك المال فالقول أيضاً للحميل لأن الآخر أراد أن يشغل ذمته، ولأن الحمالة معروف فلا يلزم منها إلا ما أقر به قاله ابن يونس.

شرطت الوجه، وقال الآخر: شرطت المال ولا بينة فالقول للكفيل لأن الآخر يريد إشغال ذمته ولأن الحمالة معروف لا يلزم منها إلا ما أقرّ به كما في ابن يونس.

تنبيه: من المعين بالمال ولا إشكال قوله في الوثيقة: إن لم يحضره إلى أجل كذا فهو مؤاخذ بما يثبته عليه بالوجه الشرعي فيلزمه ما ثبت إن لم يأت به ويختلف في الإقرار على نحو ما مرّ عند قوله: ولا اعتبار برضا من ضمنا الخ. بخلاف ما لو قال: إن لم أحضره لك غداً، فالذي تدعيه علي وإن لم يثبت حق أو قال لخصمه: إن لم أحضر مجلس القاضي معك غداً أو إن لم آت بالبينة أو بمستندي فدعواي باطلة أو دعوى خصمي حق، أو إن لم أوفك حقك في وقت كذا فلك عندي كذا زيادة على الحق أو إن لم آتك بالثوب ونحوه في آخر أيام الخيار فالبيع لازم، فإنه لا يلزمه شيء من ذلك وينقض الحكم إن وقع الحكم بذلك بخلاف ما لو قال: إن أخلفتك عند القاضي فكراء دابتك علي فإنه يلزمه كراؤها لأنه أدخله في غرم كراء الدابة بوعده قاله في الالتزامات، وبخلاف ما لو قال لزوجته: إن لم أوف لك في وقت كذا أو إن لم أحضر معك في مجلس القاضي في وقت كذا فأمرك بيدك فإنه يلزمه، وكذا إن قال لها إن لم أرسل لك النفقة في وقت كذا فأمرك بيدك كما في (ق) في فصل التمليك. ووقعت نازلة وهي أن رجلاً طالبه خصمه بإبراز رسوم حوانيت زاعماً أنها له وأن بائعها للرجل باع ما لا يملك فقال الرجل: إن لم آت برسوم ملك بائعي فخذ حوانيتك ثم عجز عن رسوم بائعه فأفتى العميري ومعاصروه بأنه لا يلزمه ما التزمه لأنها مخاطرة محتجين بما مر عن الالتزامات، وأما إن وقعت فتنة وحروب بين قريتين مثلاً فخاف كل منهما على أنفسهم وأموالهم فتضامنوا فيما بينهم على أن ما تأخذه إحدى القريتين للأخرى يؤديه أهلها لما رجوه في ذلك من التوطين فقال الغبريني كما في البرزلي: إن التضامن غير لازم لأنهم مكرهون بالخوف المذكور. البرزلي: مفهومه لو كانوا غير مكرهين للزم كقوله كلما بايعت فلاناً فأنا ضامن به اهـ. ونحوه للعبدوسي فيمن قال لرجل: امض معي إلى الموضع الفلاني وجميع ما يصيبك من قبيل كذا في ضماني فسار معه فأخذه أهل القبيل المذكور أن الضمان لازم له.

قلت: وفي أجوبة القوري أنه لا ضمان عليه في هذه الصورة ونحوه في أواخر الوديعة والعارية من المعيار عن القابسي فيمن قال: أخاف إن حركت الرحى غرمني السلطان فقال له الآخر: حركها وما كان من السلطان علي فحركها فغرمه السلطان أنه لا شيء على الضامن اهـ باختصار. ولكن ما للبرزلي والعبدوسي أقوى وأرجح بدليل ما مر عن (ح) في كراء الدابة، وبدليل ما احتج به البرزلي من كون ذلك بمنزلة من قال: كلما بايعت فلاناً الخ.

٢٦٢ـ وإنْ ضَمانُ الوَجْهِ جَاءَ مُجْمَلا فَالحُكْمُ أنَّ المَالَ قَدْ تَحَمَّلا

(**وإن**) شرط (**ضمان الوجه**) فاعل بفعل محذوف يفسره (**جاء**) وقوله: (**مجملاً**) حال من فاعل جاء (**فالحكم**) مبتدأ والفاء رابطة بين الشرط والجواب (**أن**) بفتح الهمزة واسمها ضمير

(**وإن ضمان الوجه جاء مجملاً**) بأن قال: أضمن وجهه ولم يشترط نفي المال ولا قال لا أضمن إلا وجهه. (**فالحكم أن المال قد تحملا**) يعني إذا لم يحضره عند الأجل. وفي الرسالة: وحميل الوجه

محذوف يعود على الضامن (المال) مفعول بقوله: (قد تحملا) ويجوز أن يكون المال اسم إن وجملة قد تحملا خبرها، والرابط بين اسمها وخبرها محذوف أي تحمله، وإن وما دخلت عليه في تأويل مصدر أي فالحكم تحمله للمال قال في المدونة: وأما أن تكفل برجل أو بنفسه أو بعينه أو بوجهه إلى أجل ولم يذكر مالاً أي لم يتعرض له بنفي ولا إثبات فإنه إذا أتي بالرجل عند الأجل ملياً أو معدماً برىء فإن لم يأت به حينئذ والغريم حاضر أو غائب قريب الغيبة مثل اليوم وشبهه تلوم السلطان للحميل، فإن أتى به بعد التلوم فلا شيء عليه وإلاَّ غرم، وأن بعدت غيبة المكفول به غرم الحميل مكانه اهـ. (خ) وصح بالوجه وبرىء بتسليمه به وإن بسجن أو تسليمه نفسه إن أمره به إن حل الحق وبغير مجلس الحكم إن لم يشترطه وبغير بلده إن كان به حاكم ولو عديماً وإلاَّ غرم بعد خفيف تلوم الخ. وانظر ما يأتي عند قوله: ويبرأ الحميل للوجه متى الخ. ومفهوم قوله مجملاً أنه إذا لم يكن مجملاً بل شرط نفي المال، أو قال لا أضمن إلا وجهه لا يلزمه غرم إلا إذا لم يأت به وهو كذلك كما في المدونة إثر ما مرّ لأنه حينئذ من ضمان الطلب وهو لا ضمان عليه إلا أن يفرط (خ) وطلبه بما يقوى عليه وحلف ما قصر وغرم إن فرط أو هربه وعوقب.

٢٦٣ـ وَجَائِزٌ ضَمَانُ مَا تَأَجَّلاَ مُعَجَّلاً وَعَاجِلٍ مُؤَجَّلا

(وجائز) خبر مقدم (ضمان) مبتدأ أو فاعل أغنى على مذهب من لا يشترط الاعتماد (ما) مضاف إليه واقعة على الدين (تأجلا) صلة أو صفة (معجلاً) حال من ما، وظاهر قوله معجلاً أنه لا فرق بين أن يضمنه على الحلول أو لدون الأجل فإذا كان لرجل على شخص دين مؤجل فأسقط المدين حقه من التأجيل وضمنه شخص حينئذ على الحلول أو لدون الأجل فإنه جائز لازم كما في المدونة وظاهرها كالنظم كان الدين مما يعجل أم لا. واختاره ابن عبد السلام. والمعتمد تقييد ابن يونس وإن محل ذلك إذا كان الدين مما يعجل كالعين مطلقاً أو عرضاً أو طعاماً من قرض فإن كان من بيع لم يجز لما فيه من حط الضمان عني في المدة الباقية وأزيدك توثقاً، ولا مفهزم لقوله ضمان، بل الرهن كذلك في التفصيل المذكور ومفهوم معجلاً أنه إن ضمنه أو رهنه قبل الأجل إلى أجله جاز مطلقاً بدون القيد المذكور وإن ضمنه أو رهنه لأبعد فيمتنع مطلقاً كما في المدونة لأن التأخير سلف، وقد انتفع بالحميل أو الرهن في مدة الأجل الأول فيكون

إن لم يأت به غرم حتى يشترط أن لا غرم. (وجائز ضمان ما تأجلا معجلاً) كمن عليه مائة إلى ستة فيعطي فيها ضامناً على أن يؤدينا عاجلاً أو إلى أجل دون الأجل الأول، فيجوز وهذا كله إذا كان الدين مما يملك المدين تسجيله كالعين مطلقاً والعرض والحيوان من قرض فإن كان من بيع لم يجز لأن فيه حط الضمان عني في المدة الباقية أو بعضها وأزيدك توثقاً بالضامن (و) جائز أيضاً ضمان (عاجل) أي حال (مؤجلا) لأنه كابتداء سلف بضامن وهو جائز، ولذا شرط فيه أن يكون الغريم موسراً أو معسراً لا يترقب يسره أثناء الأجل بغلة أو نحوها وإلا منع لأنه سلف فيما بعد اليسر جر نفعاً بالضمان مدة العسر وإلى المسألتين أشار (خ): بقوله والمؤجل حالاً إن كان مما يعجل وعكسه إن أيسر غريمه أو لم يوسر في الأجل.

سلفاً جر نفعاً فالصور أربع وتبطل الكفالة في الممنوع منها، وكذا الرهن وإن قبضه قبل المانع. **(وعاجل)** بالجر عطفاً على ما أي وجائز ضمان أو رهن عاجل أي حال **(مؤجلا)** لأنه إن كان المدين موسراً فهو كابتداء سلف بضامن أو رهن وهو جائز اتفاقاً وإن كان معسراً ويوسر عند الأجل أو بعده، فكذلك أيضاً لأنه في هاتين الأخيرتين، وإن انتفع بالضمان ونحوه فليس هناك سلف لوجوب إنظار المعسر، فهذه ثلاث صور إطلاق الجواز فيها صحيح، والرابعة أن يكون معسراً الآن فيضمنه إلى أجل كأربعة أشهر مثلاً عادته أن يوسر بعد شهرين منها بالغلات التي تأتيه من أحباس عليه وعلى عقبه أو بخروج العطاء من عند الأمير ونحو ذلك فيمتنع على الأصح، لأن الزمان المتأخر عن يساره يعد صاحب الحق فيه مسلفاً، وقد امتنع عليه بالحميل أو الرهن في زمن العسر لأن المدين قد يموت في زمن العسر، فيأخذ الحق من الكفيل ونحوه، وهذا على أن اليسار المترقب كالمحقق لأنهما حينئذ يكونان قد دخلا على السيف، وأجاز أشهب هذه الصورة أيضاً بناء على أن الأصل استصحاب العسر ويسره قد لا يكون وهو ظاهر النظم، وقد علمت أن الناظم أخل بقيد في الأولى وبقيد في الثانية على المعتمد فيهما، ولقد وفى (خ) بالقيدين حيث قال عاطفاً على الجواز والمؤجل حالاً إن كان مما يعجل، وعكسه إن أيسر غريمه أو لم يوسر في الأجل الخ فلو قال:

ولازم قبوله معجلاً على الحلول سائغ إن يحملا
كذاك عاجل على التأجيل أن لا يرقب الملا قبيل أن يحن

لوفى بذلك، وقولي إن لا يرقب الخ. صادق بما إذا كان موسراً أو معسراً ولا يترقب يسره كما مرّ ولازم: صفة لمحذوف أي ودين لازم قبوله معجلاً قبل أجله سائغ ضمانه على الحلول، فإن كانت عليه مائتان مثلاً مائة موسر بها ومائة معسر بها وقد حلتا معاً صح الضمان مؤجلاً بالمائة الموسر بها فقط أو المعسر بها فقط لا بالجميع أو ببعض من هذه وبعض من هذه، لأنه سلف بنفع إذ تأخيره بالمائة الموسر بها سلف وانتفع بالضامن أو الرهن في المعسر بها.

٢٦٤ـ وَمَا عَلَى الْحَمِيلِ غُرْمُ ما حَمَلْ إنْ مَاتَ مَضْمُونٌ ولَمْ يَحِنْ أَجَلْ

(وما) نافية **(على الحميل)** خبر مقدم **(غرم)** مبتدأ **(ما)** موصول مضاف إليه **(حمل)** بالبناء للفاعل صلة **(أن)** شرط **(مات مضمون)** فعل وفاعل وجواب الشرط محذوف لدلالة ما قبله عليه **(ولم يحن)** من حان يحين إذا حضر حينه أي حل **(أجل)** فاعل، والجملة حال من فاعل مات

(وما على الحميل) الضامن **(غرم ما حمل)** من المال **(إن مات مضمون)** معدماً **(ولم يحن أجل)** الدين أما إذا مات ملياً قبل حلول الدين فإن الحق يتعجل عليه من تركته ويبرأ الضامن ولا إشكال فإذا حل الأجل في مسألة العدم غرم الضامن. ابن عرفة: وموت الغريم ملياً يوجب تعجيل القضاء من تركته وموته عديماً لا يوجب على الحميل تعجيله اهـ. فإن كان الذي مات قبل الأجل هو الضامن ففي المدونة قال مالك: إذا مات الضامن قبل الأجل فللطالب تعجيل حقه من تركته ثم لا رجوع لورثته حتى يحل الأجل وله محاصصة غرمائه اهـ. (خ): وعجل بموت الضامن ورجع وارثه بعد الأجل أو الغريم إن تركه يعني الدين فلو زاد الناظم:

ومعناه أن المضمون عنه إن مات قبل الأجل عديماً فلا غرم على الحميل حتى يحل الأجل، فإن مات ملياً قبل الحلول فإن الدين يؤخذ من تركته ويبرأ الضامن، فإن كان الذي مات قبل الأجل هو الضامن فلرب الدين أن يعجل الحق من تركته، وله أن يحاصص غرماءه إن لم يترك وفاءه ثم لا رجوع لورثته على الغريم إلا بعد الأجل، وإلى هذه والتي في النظم أشار (خ) بقوله: وعجل بموت الضامن ورجع وارثه بعد أجله أو الغريم إن تركه أي الدين، ومفهوم قوله: ولم يحن الخ. أن المضمون إن مات بعد الحلول ولم يترك وفاء غرم الحميل حينئذ ولا يؤخر إلاَّ برضا المضمون له. وكلام المصنف في ضامن المال، وأما ضامن الوجه فسيأتي في قوله: ويبرأ الحميل للوجه الخ.

٢٦٥ـ ويأْخُذُ الضَّامِنُ مِنْ مَضْمُونِهِ ثَابِتُ مَا أَدَّاهُ مِنْ دُيُونِهِ

(ويأخذ الضامن) فاعل بما قبله **(من مضمونه)** يتعلق بيأخذ **(ثابت)** مفعول بيأخذ **(ما)** نكرة موصوفة واقعة على الدين وصفتها ثابت المضاف إليها من إضافة الصفة للموصوف وقوله: **(أداه)** فعل ماض قصد به خصوص الحدث فهو في تأويل مصدر فاعل بتلك الصفة وضميره البارز هو الرابط بين الصفة والموصوف، لأن الفعل إذا قصد به مجرد الحدث أو قدرت معه أن المصدرية صح تسلط العوامل عليه كقولهم: تسمع بالمعيدي، وسمعتك تقول أي سماعك بالمعيدي، وسمعت قولك كذا قال النحاة: **(من ديونه)** بيان لما، وإذا جعلت البيان محل المبين والفعل في تأويل المصدر كما قلنا كان التقدير ويأخذ الضامن من مضمونه ديناً ثابتاً أداؤه عنه ببينة أو إقرار رب الدين، وفهم من قوله: ثابت أن إقرار المدين لا يوجب الرجوع وهو كذلك لأن إقرار المدين لا يسقط به الدين مع جحد الطالب ومن حجته أن يقول: لم تحصل لي براءة بدفعك وأنت أتلفت مالك بعدم الإشهاد ولا إشكال في هذا إن كان الدفع بغير حضرته فإن كان بحضرته فقولان، أظهرهما عند ابن رشد كما في الشامل أنه لا يرجع أيضاً عليه لأن المال للضامن فهو أحق بالإشهاد على دفعه، وفهم من قوله: أداه أن الضامن دفع مال نفسه أما إن دفع الغريم مالاً للحميل ليدفعه للطالب فدفعه له بغير إشهاد فأنكر الطالب وحلف فإن الضامن يغرمه إن كان الدفع بغير حضرة الغريم فإن كان بحضرته غرمه الغريم فإن وجد الغريم عديماً أو كان

وعجل الحق بموت من ضمن وارثه يرجع بعد أن يحن

لوفى بالمسألتين. **(ويأخذ الضامن من مضمونه ثابت ما أداه)** إما ثبت أنه أداه **(من ديونه)** ببينة أو إقرار المضمون به ولا يكفيه إقرار المدين لأنه لا يخلصه ويرجع عليه بمثل ما أدى إن كان عيناً أو مثلياً اتفاقاً، وكذا العروض والحيوان على المشهور (خ) ورجع بما أدى ولو مقوماً إن ثبت الدفع، وقيل: يرجع في المقوم بقيمته، وهذا الخلاف ما لم يشتر المقوم فإن اشتراه رجع بثمنه ما لم يحاب قاله ابن رشد. وهذه إحدى المسائل التي يضمن فيها المقوم بمثله ويجمعها:

ضمن مقوماً بمثل في ضمان فرض زكاة وجزا هدم مكان

أي في الضمان وفي القرض في الحيوان والعروض كما لو أسلفه عبداً أو فرساً وفي شاة الزكاة وفي جزاء الصيد وفيمن هدم وقفاً فعليه إعادته.

غائباً والموضوع بحاله غرمه الحميل ولا يرجع به على المطلوب في الوجهين لعلمه ببراءته فيهما، وكذا إن دفعه المطلوب نفسه من ماله بحضرة الحميل فأخذ منه ثانياً لعدم المطلوب أو غيبته لا يرجع به لعلمه بالبراءة وفهم من قوله: ما أداه أيضاً أنه لا يرجع عليه بعين ما أداه بل بمثله لأن الذي أداه هو بيد الطالب ويرجع بمثله على المطلوب ولو مقوماً على المشهور لأنه كالمسلف (خ): ورجع بما أدى ولو مقوماً إن ثبت الدفع الخ. وعليه فقول الناظم ثابت على حذف مضاف أي مثل دين ثابت أداؤه كما مرّ، وقيل: يرجع في المقوم(*) بقيمته والخلاف ما لم يشتره فإن اشتراه رجع بثمنه اتفاقاً ما لم يحاب وإلاَّ فلا يرجع بالزيادة.

تنبيهان. **الأول**: إذا أدى الضامن الحق في غيبة المدين بعد الأجل فقدم المدين وأثبت الأداء أيضاً بعد الأجل، فإن سبق الضامن بالأداء رجع على المدين لأنه دفع بحق ويرجع المدين على الطالب، وإن سبق المدين بالأداء فلا يرجع الحميل عليه، بل على الطالب، وإن جهل السابق فيرجع الحميل على الطالب أيضاً بعد حلف المدين أنه دفع قبله إلا أن يكون الحميل دفعه بالقضاء فيرجع على المدين فإن نكل المدين حلف الحميل وأغرمه فإن نكل فلا شيء عليه قاله ابن عرفة عن الموازية.

الثاني: ما تقدم من أن الضامن يرجع بمثل المقوم هو إحدى المسائل التي يضمن فيها المقوم بالمثل. ثانيها جزاء الصيد، وثالثها شاة الزكاة إذا أتلف المالك الغنم بعد الحول لزمه إحضار ما وجب فيها لا قيمته. ورابعها الحيوان والعرض المقترض، وخامسها من هدم وقفاً ألزم إعادته كما كان لئلا يؤدي أخذ القيمة إلى بيع الوقف ويجمعها قول القائل:

ضمن مقوماً بمثل في ضمان ... قرض زكاة وجزا هدم مكان

لكن المشهور كما في ابن عرفة في مسألة هدم الوقف وجوب القيمة انظر شرح الشامل.

٢٦٦ـ والشَّاهِدُ العَدْلُ لِقَائِمٍ بِحَقْ ... إعْطَاءُ مَطْلُوبٍ بِه الضَّامِنُ حَقْ

(**والشاهد**) مبتدأ (**العدل**) نعت له (**لقائم**) يتعلق بالمبتدأ (**بحق**) يتعلق بقائم (**إعطاء**) مبتدأ ثان (**مطلوب**) مضاف إليه من إضافة المصدر لفاعله (**به**) يتعلق بإعطاء على أنه مفعول ثان له وضميره للشاهد وباؤه للسببية، ويحتمل أن يعود على الحق (**الضامن**) مفعول أول بإعطاء (**حق**) خبر المبتدأ الثاني والثاني وخبره خبر الأول والرابط الضمير في به، ومعناه أن الشاهد إذا شهد لشخص بدين على آخر فأعطاه المطلوب ضامناً بذلك الحق واجب احتياطاً لأن الحكم قرب توجهه أما بشاهد ثان أو باليمين، وظاهره وجوب الضامن بالمال بدليل البيت بعده وهو ظاهر

(**والشاهد العدل**) يشهد (**لقائم بحق**) مالي (**إعطاء مطلوب به**) أي بسبب ذلك الشاهد (**الضامن**) مفعول بإعطاء (**حق**) أي وجب لأن الحكم قارب أن يتوجه إما بشاهد ثان أو باليمين، وظاهر كلام الناظم أنه ضامن المال وهو قول ابن القاسم، وقيل بالوجه فقط، وهو قول سحنون. قال الشيخ ابن رحال: وبه جرى العمل اهـ. ومن خطه نقلت وهو الذي في (خ) إذ قال هنا ولم يجب وكيل للخصومة ولا كفيل بالوجه بالدعوى إلا بشاهد وإن ادعى بينة بكالسوق وقفه القاضي عنده، وإنما قلنا: إن ظاهر الناظم أنه بالمال لقوله:

(*) المقوم: هو ما لا يكال ولا يوزن.

المدونة، وصرح به في الشامل وعليه درج (خ) في الشهادات حيث قال: ومن استمهل لدفع بينة أمهل بالاجتهاد كحساب وشبهه بكفيل بالمال كأن أراد إقامة ثان الخ. والذي صرح به في المفيد كما في ابن رحال وهو ظاهر (خ) في الضمان حيث قال: ولم يجب وكيل للخصومة ولا كفيل بالوجه بالدعوى إلا بشاهد الخ. وإن العمل على الضامن بالوجه مع الشاهد وهو قول سحنون ومفهوم قوله: الشاهد العدل أنه إذا شهد له بالحق شاهدان أو أقر المطلوب فإنه يجب الضامن بالمال قطعاً فإن لم يقدر على الضامن وأتى برهن فيكفيه ويؤجل في أداء الدين بقدر قلة المال وكثرته باجتهاد الحاكم على ما به العمل كما لابن رشد، ودرج عليه ناظم عمل فاس حيث قال:

ومن بدين قد أقر يسجن إن لم يجيء برهن أو من يضمن

وسيأتي للناظم: وسلعة المديان رهناً تجعل الخ.. وفي ابن سهل عن ابن عتاب: إذا كانت له أصول مأمونة وسأل تأخيراً حتى يبيعها فإنه يلزمه حميل بالمال كان ذا أصول أو لم يكن وبه العمل قال: ويلزمه الحميل ولو كان بيد الطالب رهن حتى ينصفه وهو مذهب الشيوخ اهـ. وعليه عول (خ) إذ قال: وأجل لبيع عرضه إن أعطى حميلاً بالمال الخ. وهذا مخالف لما قبله من أنه يكتفي منه بالرهن، وبالجملة فالمدين يكفيه الضامن أو الرهن على ما به العمل، فإن عجز عنهما فيسجن لأن السجن حميل من لا حميل له كما في البرزلي، فإن انقضى الأجل ولم يؤد فإن الرهن يباع بالخيار ثلاثاً. وعن سحنون فيمن وجب عليه غرم فقال: هذا ربعي لا أجد من يشتريه إنه لا حميل عليه بوجه ولا بمال. قال: فإن زعم الطالب أنه يقول للمشتري لا تشتريه فإن الحاكم يشيده ويستقصي ثم يبيع بالخيار اهـ. وبمثله أفتى ابن مالك وأن المطلوب إذا كان معروف العين ظاهر الملاء بين الوفر لم يلزمه حميل. كذا في ابن سهل، وفي الطرر أن ابن مالك أفتى بحميل الوجه وعليه فالأقوال ثلاثة: حميل بالمال وهو ما لابن عتاب والأكثر وبالوجه وهو ما لابن مالك ولا حميل أصلاً وهو ما لسحنون. ومفهوم الشاهد العدل أنه إذا لم يكن إلا مجرد الدعوى لم يجب ضامن بالمال كما قال:

٢٦٧ـ وَضَامِنُ الْوَجْهِ عَلَى مَا أُنْكَرَا دَعْوَى امرِىءٍ خَشْيَةَ أَنْ لا يَحْضُرا

(وضامن الوجه) مبتدأ ومضاف إليه **(على من أنكرا)** خبر وأنكر صلة والرابط الضمير المستتر فيه **(دعوى)** مفعول **(امرىء)** مضاف إليه **(خشية)** مفعول لأجله **(أن)** بفتح الهمزة **(لا يحضرا)** صلة لأن وهي وما بعدها في تأويل مصدر مضاف إليه ما قبله.

٢٦٨ـ مِنْ بَعْدِ تَأْجِيلٍ لِهذا المُدَّعِي بِقَدْرِ ما اسْتَحَقَّ فِيما يَدَّعِي

(من بعد) يتعلق بمحذوف على أنه حال من الاستقرار في الخبر **(تأجيل)** مضاف إليه **(لهذا المدعي)** يتعلق بتأجيل **(بقدر)** يتعلق به أيضاً **(ما)** موصولة واقعة على الأجل **(استحق)** بفتح التاء

(وضامن الوجه) واجب **(على من أنكرا دعوى امرىء)** بمجردها أراد إثباتها. وسأل الضامن من المطلوب، وإنما وجب الضامن **(خشية أن لا يحضرا)** المطلوب أي أن لا يجده إذا أتى بها فإنه يجاب لإعطاء الضامن **(من بعد تأجيل لهذا المدعي)** في الإتيان بالبينة **(بقدر ما استحق)** أي بقدر ما يليق به ويناسب **(فيما يدعي)** مما لا ضرر فيه على المطلوب، واختلف إن لم يجد ضامناً فقال ابن

مبنياً للفاعل وضميره المستتر للمدعي صلتها والرابط محذوف (فيما) يتعلق بما قبله يليه وما واقعة على الإثبات وجملة (يدعي) صلة والرابط محذوف، ومعناه أن ضامن الوجه واجب على من أنكر الدعوى المجردة حيث سأل الطالب منه ذلك الضامن خشية عدم حضوره عند الإتيان ببينته التي تشهد على عين المطلوب بالحق حال كون الوجوب كائناً بعد التأجيل للمدعي بقدر الأجل الذي يستحقه في الإثبات الذي يدعيه من كونه يقدر ما يسعه لإقامة البينة ولا ضرر فيه على المطلوب، ويمكن أن تكون لفظ بقدر مقحمة وما واقعة على المفعول المطلق الذي هو الأجل أي بعد التأجيل للمدعي الأجل الذي فيه يستحقه الخ. وهذا أظهر معنى فإن لم يجد ضامناً فقال ابن القاسم: يقال للخصم لازمه بنفسك أو وكيلك ولا يسجن لك وهو معنى قوله:

٢٦٩ـ وقيلَ إنْ لَمْ يُلْفِ مَنْ يَضْمَنُهُ لِلْخَصْمِ لازِمْهُ ولا يَسْجُنُهُ

(وقيل إن لم يلف) بضم الياء وكسر الفاء مبنياً للفاعل (مَن) مفعول بيلف مضارع ألفى بمعنى وجد (يضمنه) صلة من (للخصم) يتعلق بقيل (لازمه) أمر محكي بقيل (ولا يسجنه) بضم الجيم وفتح الياء معطوف على قيل وجواب الشرط محذوف للدلالة عليه، وقال أشهب: إن لم يلف من يضمن وجهه فإنه يسجن وهو المراد بقوله:

٢٧٠ـ وأشْهَبٌ بِضَامِنِ الوجْهِ قَضىٰ عليهِ حَتْماً وبِقَوْلِهِ القَضَا

(وأشهب) مبتدأ وصرفه للضرورة (بضامن الوجه) يتعلق بقوله (قضى) وكذا (عليه) وهذا لا يظهر فيه أثر الخلاف لاتفاقهما على القضاء عليه بضامن الوجه، وإنما يظهر أثره في السجن عند العجز عنه، ولذا قال: (حتماً) نعت لمصدر محذوف أي قضاه حتماً أي لازماً بحيث إذا لم يجده سجن (وبقوله) خبر (القضا) مبتدأ وما ذكره ظاهر في الديون لأنه يريد إقامة البينة على عينه كما مرّ، وكذا في الأصول فيما يظهر فيعطي كل منهما ضامناً بوجهه لصاحبه لئلا تطول الدعوى عليه. ولا يقال: إذا تغيب في الأصول يحكم عليه في غيبته ويجري على ما مرّ في قوله: ومن ألد في الخصام وانتهج الخ. لأنا نقول كل منهما يريد أن يقطع شغب صاحبه، وهو إذا تغيب قبل إتمام حججه كما هنا لا ينقطع شغبه ولا سيما إن كان مجلوباً من البادية للحاضرة، وهذا هو ما يحكم به القضاة اليوم ولم أقف فيه على نص صريح سوى ما لم في شرح اللامية عند قولها: وإن يرد المطلوب دفعاً الخ. من أن النزاع في الأصول لا يحتاج فيه لضامن لأمنها، لكنه لم يجزم به على أن تعليله بالأمن لايطابق ما هنا من أن المراد خشية عدم الحضور ثم وقفت على (ز) عند قول المصنف: وإن تنازع قادرون فبينهم. فوجدته صرح بنحو ما قلناه، وظاهر النظم

القاسم: إنه يقال للخصم لازمه بنفسك أو وكيلك حتى تجد البينة، وإليه أشار بقوله: (وقيل إن لم يلف من يضمنه للخصم) متعلق بقيل (لازمه) معمول قيل (ولا يسجنه) وقال أشهب: إنه يلزم لن يأتي به أو يسجن بعد أن يحلف المدعي أن له بينة غائبة وهو المراد بقوله: (وأشهب بضامن الوجه قضى عليه) أي المطلوب (حتماً) لازماً فإن لم يأت به سجن (وبقوله القضا) وليس في النظم ما يفيد أن السجن بعد اليمين فلو قال: مع حلف طالب وذا به القضا. لأجاد، ثم هذا كله إذا ادعى بينة قريبة وإلا حلف المطلوب وترك.

أيضاً أنه لا فرق بين قرب البينة وبعدها قال ابن رحال: وبه العمل ولم أقف على هذا العمل لغيره وهو خلاف المنقول من أنه إنما يسجن إن ادعى بينة قريبة وحلف على ذلك وإلاَّ بأن لم يحلف أو بعدت البينة لم يسجن بل يحلف المطلوب في البعيدة ويسرح وللطالب القيام ببينته إن قدمت، وليس في النظم ما يشعر بالقيدين، وقد استوفى في اللامية الكلام على المسألة حيث قال:

كـبـيـنـة قـامـت بـقـرب لـمـدع فـيـؤمـر مـطـلـوب بـأن يـتـحـمـلا
حـمـيـل بـه بـالـوجـه بـالـعـجـز سجنـه وإن بـعـدت يـحـلـف لـه أن تـحـصـلا
بـذيـن يـمـيـن الـمـدعـي إن مـا ادعـى مـن الـبـيـنـات صـح بـاسـم وقـيـل لا

فيمين الطالب شرط في سجن المطلوب في القريبة في تحليفه في البعيدة، وظاهره أن التسمية شرط فيهما أيضاً وأنه إذا لم يسم البينة فلا يسجنه ولا يحلفه، لكن تسميتهم في القريبة غير منصوصة فيجب إخراجها من كلامه، وإذا سماهم ولم يشهدوا أو لم يكونوا عدولاً فلا شيء له وذلك لأنه أراد استحلاف المطلوب مع بقائه على حجته، فلا يمكن من ذلك إلا على هذا الوجه، وهذه المسألة تخصص عموم ما تقدم من أنه إذا حلفه ووجد بينة لم يعلمها أو نسيها فله القيام بها أي: ما لم يكن حلفه لبعد بينته وسماها كما هنا، وتأمل ما في اللامية مع ما في حاشية ابن رحال هنا من أن الذي به العمل في البعيدة تحليف الطالب أن له بينة ويسجن له المطلوب وإلا تسقط بينة الطالب في البعيدة على قول من لا يرى حبسه، وأنه يحلف ويسرح اهـ. فهو مخالف لما في اللامية من وجهين، أحدهما: أن الطالب إذا حلف سجن المطلوب إن لم يأت بكفيل لا أنه يحلف فقط، وثانيهما أن بينة الطالب لا تسقط وظاهره ولو سماها وما في اللامية أصله في المدونة في الشهادات منها. قال فيها والقرب اليومان والثلاثة، وهذا إن لم يدع الطالب بينة حاضرة بكالسوق أو ببعض القبائل القريبة وإلاَّ وقف الحاكم المطلوب عنده مقدراً ما يأتي بها، فإن جاء وإلا خلى سبيله. ابن فتوح: إنما كان له أن يحلف المطلوب على أن يقوم ببينته إن قدمت لأنها بموضع بعيد ويسمى البينة. ابن عرفة: ويعين الموضع خوف أن يعتقد فيما ليس بعيداً أنه بعيد والخوف في المسافة يصير القصير بعيداً اهـ. أبو الحسن: عند قولها ولو استحلفه تاركاً لها الخ، ما نصه: ولو أحلفه ولم يرفعه إلى السلطان وله بينة بعيدة الغيبة فله القيام إذا قدمت لأنه لو رفع أمره إلى الحاكم لكان هو الذي يفعل وذلك بخلاف ما لو صالح المطلوب لبعد غيبة البينة لأنه قد رضي بما أخذ فلا قيام له.

تنبيهان. **الأول**: قال ابن رشد في نوازله، ونقله ابن عات في طرره: أنه يجب على القاضي أن يعلم الطالب بوجوب الحميل له إن كان مثله يجهل ذلك، وكذا يجب عليه أن يعلم الحميل بتأخير المطلوب إن حكم القاضي بالتأخير بعد الحلول. انظر المديان من البرزلي.

الثاني: ما جرى به العمل هو إحدى المسائل التي خالف فيها أهل الأندلس ابن القاسم. وثانيها أنهم لا يوجبون الحميل بالحق إلا بالعدلين وهو ما تقدم قريباً في قوله: والشاهد العدل به الضامن الخ. وثالثها من أنكر شيئاً ثم أقرَّ به وأقام بينة بالبراءة لم تنفعه وتقدمت للناظم في قوله: لأنه كذبهم في الأول وبمنزلة من أنكر وديعة ثم أقر بها وأقام بينة بالدفع، ورابعها الشفعة

فيما لا ينقسم وسيأتي للناظم حيث قال: والفرن والحمام والرحى انقضا الخ. وأوجبوها أيضاً في الأموال الموظفة، وهو قول أشهب. وخامسها: أنهم جعلوا الشيء المستحق يدخل في ضمان المستحق وتكون له الغلة، وهو قول مالك في الموطأ. وعليه اقتصر الناظم في فصل التوقيف. وسادسها: من غاب عن زوجته فحاله في مغيبه حال خروجه في العسر واليسر قاله ابن نافع. ودرج الناظم في هذه النفقات على المقابل حيث قال: فحالة القدوم لابن القاسم الخ. وكذا قال (خ) اعتبر حال قدومه. وسابعها: أنهم أوجبوا القسامة مع شهادة غير العدول من اللفيف، وسيأتي قول الناظم ومالك فيما رواه أشهب، وقوله أيضاً: أو بكثير من لفيف الشهدا، وتقدم قوله: ولا اللفيف في القسامة اعتمد الخ. وثامنها: أنهم لم يجيزوا الشهادة على خط الشاهد إلا في الأحباس المعقبة إذا اقترن بها السماع الفاشي، ودرج الناظم على مقابله حيث قال: وخط عدل مات أو غاب اكتفى الخ. وتاسعها: أنهم تركوا تحلية المشهود عليه وصفته في العقود، ولعل هذا مع وجود المعرف وإلاَّ فقد تقدم أنه إذا لم تكن معرفة ولا تعريف لا بد من التحلية، وتأمل قول (خ) وميز فيه ما يتميز به من اسم وحرفة وغيرهما الخ. وعاشرها: أنهم لم يجيزوا للوصي أن ينظر على أولاد محجوره إلا بتقديم مستأنف، وسيأتي للناظم: ونظر الوصي في المشهور الخ. وأنهم أجازوا لبس الحرير في الغزو وأنهم راعوا الكفاءة في النكاح في الحال والمآل وسيأتي قول الناظم: فمع كفء بصداق المثل الخ. وأن ما التزمته المالكة نفسها في الخلع من نفقة ابنها بعد الحولين لازم لها وهو قول المخزومي، وسيأتي للناظم في الخلع وأنه لا يلزم الإخدام إلا في ذات المال، وعليه درج (خ) بقوله: وإخدام أهله وهو قول ابن الماجشون وأنهم أجازوا الأجرة على تعليم النحو والشعر وهو قول ابن حبيب: وأجازوا بيع كتب الفقه وهو قول أكثر أصحاب مالك، ودرج على ذلك (خ) بقوله وبيع كتبه، وأجازوا أفعال السفيه الذي لم يول عليه (خ) وأفعاله قبل الحجر محمولة على الإجازة عند مالك وسيأتي قول الناظم: وفعل ذو السفه رد كله. وعليه العمل الآن وأنهم أجازوا التفاضل في المزارعة إذا سلما من كراء الأرض بما يخرج منها لأنها كراء لا شركة قاله ابن دينار، والمعتمد خلافه (خ) وقابلها مساوٍ الخ. وهو ظاهر النظم فيما يأتي وأن المزارعة لا تنعقد عندهم إلا بالشروع في العمل قاله ابن كنانة. وعليه عول (خ) ودرج الناظم على مقابله حيث قال: ولزمت بالعقد كالإجار الخ. وهو الذي شهره في الشامل، وأما المسائل التي خالفوا فيها مذهب مالك رحمه الله تعالى فهي ستة أن لا يكتفي باليمين مع الشاهد لظاهر القرآن، وأن لا يحكموا بالخلطة وهو مذهب الليث، وأجازوا كراء الأرض بالجزء مما يخرج منها كالمساقاة والقراض وهو مذهب الليث أيضاً، وأجازوا غرس الأشجار في المساجد وهو مذهب الأوزاعي، وقالوا برفع المؤذن صوته في أول الأذان بالتكبيرة وجعلوا في الغنيمة للفارس سهمين وهو قول أبي حنيفة، لكن القول بعدم الخلطة هو لابن نافع فهو في المذهب، وكذلك القول بأن للفارس سهمين كما في (خ) وعليه فالأنسب ذكر هذين في المسائل قبله، وإنما احتاجوا لبيان هذه المسائل لقولهم المعول عليه في الفتيا قول ابن القاسم، لا سيما إن كان في المدونة. وانظر الركن الثاني من أركان القضاء من التبصرة أن من قال القول قول ابن القاسم عند الاختلاف ليس بشيء.

٢٧١ـ وَيَبْرَأُ الحَمِيلُ بِالوَجْهِ مَتَى أَحْضَرَ مَضْمُوناً لِخَصْمٍ مَيِّتا

(ويبرأ الحميل) فعل وفاعل (بالوجه) يتعلق بالحميل (متى) اسم شرط (أحضر) فعل الشرط (مضموناً) مفعول به (لخصم) يتعلق بأحضر (ميتا) صفة لمضمون وجواب الشرط محذوف للدلالة عليه، قال فيها: وإذا مات الغريم برىء حميل الوجه لأن النفس المكفولة قد ذهبت. ابن ناجي: ظاهرها مات في البلد أو في غيبة قربت الغيبة أو بعدت وهو كذلك اهـ. وعلى هذا درج (خ) حيث قال في باب الضمان: إلا أن أثبت عدمه أو موته في غيبته ولو في غير بلده الخ. وهذا هو المذهب وعليه فلا مفهوم لقوله أحضر، ولا لقوله ميتاً لأن المدار على إثبات الموت أو العدم خلاف ما درج عليه (خ) في باب الفلس حيث قال: وحبس لثبوت عسره إن جهل حاله ولم يسئل الصبر له بحميل بوجهه فيغرم إن لم يأت به، ولو أثبت عدمه أو موته في غيبة الخ. وأحرى أن يبرأ إذا أحضره في السجن أو مريضاً كما مرّ عند قوله: وإن ضمان الوجه جاء مجملاً الخ. وظاهر هذا أنه يبرأ ولو أحضره له في حرم يتعذر إخراجه منه وهو كذلك لأن القاضي يبعث إليه إما أن يخرج أو يوكل وإما أن يحكم عليه فإن توقف الحكم على إحضار ذاته أخرج من الحرم فهو حينئذ بمنزلة المسلم في السجن، ولهذا قال ناظم العمل:

وضامن مضمونه قد أحضرا ... بموضع إخراجه تعذرا
يكفيه ما لم يضمن الإحضار له ... بمجلس الشرع بتلك المنزله

وظاهر النظم أنه يبرأ بإحضاره ميتاً ولو بعد الحكم عليه بالغرم، وليس كذلك بل إذا أحضر حياً أو ميتاً بعد الحكم عليه بالغرامة لا يبرأ وصار غريماً ثانياً بسبب الحكم عليه فيخير الطالب في اتباع أيهما شاء قاله ابن يونس، فإن غرم الحميل المال ثم أثبت أن الغريم مات قبل الحكم رجع على رب الدين بما أخذ منه كما في المدونة لتبين خطأ الحكم كما أنه إذا أثبت عدمه أي أثبت الآن أنه عند حلول الأجل عديم فإنه يبرأ ولو حكم عليه بالغرم، فإنه ينقض لتبين خطئه، وأما لو مات حميل الوجه فالحمالة لا تسقط على المشهور وطلب وارثه بإحضار غريمه إن حل دينه، وإلاَّ أخذ من تركته قدر الدين ووقف على يد عدل حتى يحل الأجل إن لم يكن وارثه

(ويبرأ الحميل بالوجه متى أحضر مضموناً لخصم ميتا) حال من مضموناً لأنه إنما تحمل بنفسه وقد ذهبت نفسه قاله في المقرب، وظاهره أنه يبرأ بإحضاره ميتاً سواء شرط أن لا يضمن إلا المال أم لا. وهو كذلك خِلافاً للشيخ (م) على أنه إذا شرط ذلك كان ضمان طلب وأفهم قوله: احضر أنه لو كان غائباً عن البلد وأثبت موته في غيبته لا يبرأ وهو قول ابن القاسم في الموازية قال فيها قال ابن القاسم: وإذا مات الغريم بالبلد فلا شيء على الحميل وإن مات في غيبته لزم الغرم إلا أن يكون موت الغريم قبل الأجل بأيام بحيث لو كلف الحميل المجيء به لرجع قبل حلول الأجل فحينئذ تسقط الحمالة بموته في غيبته أو بالبلد. ابن يونس: قول أشهب: نحو ما في الموازية. قال بعض الفقهاء: وهو أشبه لأن الغيب كشف أن لا قدرة له على الإتيان به اهـ. من المواق. وقول أشهب هو المذهب كما صرح به غير واحد من شروح المتن، وقول (خ) في باب الضمان لا أن أثبت عدمه أو موته في غيبته ولو بغير بلده أي فلا ضمان، وهذا هو الراجح دون ما ذكره في باب الفلس. ومفهوم قوله ميتاً أنه لو أحضره له مريضاً أو مسجوناً لكان أحرى بأن يبرأ وهو كذلك.

مأموناً وإلا وقف في ذمته قاله اللخمي.

٢٧٢ـ وَأَخرُوا السَّائِلَ لِلإِرْجَاءِ كَالْيَوْمِ عِنْدَ الحُكْمِ بِالأَدَاءِ

(وأخروا) فعل وفاعل **(السائل)** مفعول **(للإرجاء)** أي التأخير يتعلق بالسائل **(كاليوم)** يتعلق بإرجاء **(عند الحكم)** يتعلق بالسائل **(بالأداء)** يتعلق بالحكم.

٢٧٣ـ إِنْ جَاءَ فِي الحَالِ بِضَامِنٍ وَإِنْ لَمْ يَأْتِ بِالحَمِيلِ بِالمَالِ سُجِنْ

(إن) شرط **(جاء)** فعله **(في الحال)** يتعلق به وكذا قوله **(بضامن)** وجواب الشرط محذوف للدلالة عليه **(وإن)** شرط **(لم يأت)** فعله **(بالحميل)** يتعلق بيأت **(بالمال)** يتعلق بالحميل **(سجن)** بالبناء للمفعول جواب الشرط وظاهره أنه لا بد من الحميل بالمال سواء كان معلوم الملاء أو ظاهره أو مجهول الحال وهو كذلك لأنه لما سأل التأخير اليوم ونحوه ظهرت قدرته على المال كما في المبسوط فلا يقبل منه حميل إلا به ومحل ذلك في معلوم الملاء إن لم يعرف بالناض وإلاَّ لم يؤخر (خ) وإن وعد بالقضاء وسأل تأخيراً كاليوم ونحوه أعطى حميلاً بالمال وإلاَّ سجن كمعلوم الملاء وأجل لبيع عرضه وإن أعطي حميلاً بالمال، وفي حلفه على عدم الناض تردد وإن علم بالناض لم يؤخر الخ. والرهن كالحميل على ما به العمل كما مرّ قريباً عند قوله: والشاهد العدل الخ. وأدخلت الكاف اليومين فقط على ما في شراح المتن ولمالك في المبسوط يؤخر المليء ثلاثاً وأربعاً وخمساً والتعليل بظهور قدرته على المال الخ، لا يقتضي أنه إذا سأل التأخير اليوم ونحوه ثم ادعى العدم لا يقبل قوله: وتبطل به بينته لأن غايته أن يكون بمثابة من صالح رجلاً على دين بنقد حال ثم ادعى العدم فإنه يتبع اليوم ونحوه في ذمته وليس صلحه يكذب قوله ولا يبطل بينته بالعدم لأنه يقول: كنت أرجو سلفاً أو هبة من بعض أهلي أو أقاربي ونحو ذلك قاله في الطرر، وهذا بخلاف ما لو أقر المدين عند المعاملة أو بعدها بالملاء، ففي ابن فتوح إن كتب الموثقين أن المديان مليء بالحق الذي كتب عليه حسن، فإن ادعى عدماً لم يصدق وإن قامت له به بينة لأنه كذبها ونحوه في المتيطية قائلاً وبه العمل، وفي الفشتالي والمعيار إن عدم قبول البينة بالعدم ممن اعترف بالملاء هو المشهور والمعمول به ويسجن أبداً حتى يؤدي دينه أو تبيض عيناه ما لم تقم بينة بطرو آفة أذهبت ماله بسرقة أو نهب أو إحراق.

تنبيه: من معلوم الملاء ما ذكره البرزلي في امرأة تفالست فقال لها غريمها: لك مال في محل كذا آخذه وأسقطت عنك من الدين ثلاثين ديناراً وجدت شيئاً أو لم أجده فلجت في الإنكار وأبت أن تسعفه لما طلب فقال أيوب بن سليمان: لا شيء أدل على لدد هذه المرأة من أن يدعوها غريمها إلى ما قال فتأبى إلا الجحد فيجب حبسها أبداً حتى يكون أحد ثلاثة أوجه: إما أن يكتب إلى رجل ثقة من تلك الناحية ليبحث عنها، وإما أن تجيب إلى دفع المال، وإما أن يكشف عن باطنها أهل المعرفة في الناحية التي ذكرها الطالب اهـ.

(وأخروا) أي الحكام إذا ثبت الحق وحكموا بأدائه المحكوم عليه **(السائل للإرجاء كاليوم)** أي وعد بالقضاء وسأل تأخير كاليوم **(عند الحكم بالأداء)** فيجاب **(إن جاء في الحال بضامن)** أو رهن للمال **(وإن لم يأت بالحميل بالمال)** ولا برهن **(سجن)**.

باب الوكالة

بفتح الواو وكسرها بمعنى التفويض يقال: وكله بأمر كذا فوض إليه فيه وتقع بمعنى الحفظ والرعاية ومنه قوله تعالى: ﴿ألا تتخذوا من دوني وكيلاً﴾ [الإسراء: ٢] قيل: حفيظاً، وقيل كفيلاً، وقيل ضامناً كما في ضيح **(وما يتعلق بها)** من تداعي الوكيل والموكل وانعزاله بالموت ونحو ذلك. وشرعاً قال ابن عرفة: نيابة ذي حق غير ذي إمرة ولا عبادة لغيره فيه غير مشروطة بموته، فتخرج نيابة إمام الطاعة أميراً أو قاضياً أو صاحب صلاة والوصية اهـ. فخرجت نيابة إمام الطاعة أميراً أو قاضياً بقوله: غير ذي إمرة وخرج بقوله: ولا عبادة إمامة الصلاة وبقوله غير مشروطة الخ. الوصية لأن الوصي لا يقال فيه وكيل عرفاً، ولذا فرقوا بين فلان وكيلي ووصيي وقوله لغيره: يتعلق بنيابة وكذا قوله فيه وضميره يعود على حق، لكن إن جعل غير الأول صفة لذي الأولى بطل جميعه في الإمام يوكل في حق نفسه من نكاح ونحوه، وإن جعلته صفة لحق لم يصح إلا على ضرب من المجاز وهو مجتنب في الحدود، فالأولى إسقاط ذي الثانية. وكيفية وثيقتها إن كان مفوضة وكل فلان فلاناً توكيلاً مفوضاً مطلقاً ويكفيه ذلك كما يأتي عند قوله وحيثما التوكيل بالإطلاق الخ. وإن كانت مخصوصة قلت: وكّل فلان فلاناً على بيع دوابه أو شراء سلعة كذا، ونحو ذلك. ويتعين أن يبيع بثمن المثل وأن يشتري له ما يليق به كما يأتي عند قوله: وليس يمضي غير ما فيه نظر الخ. وإن كانت مخصوصة بالخصام قلت: وكّله على طلب حقوقه واستخراج منافعه أينما كانت أو من فلان وقبض ما يجب له قبضه جاعلاً له فيه الإقرار والإنكار، وأخذ الضمان والرهان وتقاضي الأيمان وقبلها والصلح وأخذ النسخ وإعطائها وضرب الآجال والتزامها توكيلاً تاماً وقبض الوكيل ذلك شهد عليهما من أشهداه بما فيه وهما بأتمه وعرفهما، وفي كذا فإن سقط القبول فلا يضر إن قام بالوكالة داخل ستة أشهر كما يأتي عند قوله: والزوج للزوجة كالموكل الخ. كما لا يضر أيضاً سقوط معرفة القدر، ولذلك لم نذكره وإن سقط الإقرار والإنكار جرى على ما يأتي للناظم في قوله: والنقص للإقرار والإنكار الخ. وإن سقط ذكر القبض أو الصلح أو أخذ الضمان والرهان أو تقاضي الأيمان لم يضر ذلك. ولكن لا يتولى القبض ولا يمضي صلحه إلا على ما يأتي عند قوله: وحيثما التوكيل بالإطلاق الخ. ولا تحليفه إلا على ما يأتي أيضاً عند قوله: والنقص للإقرار الخ. وإن سقط الإشهاد ففي ابن سلمون إذا شهد شاهدان بمعرفة الوكالة ولم يبينا في شهادتهما أن الموكل أشهدهما بها فشهادتهما ساقطة ونحوه في البرزلي عن ابن الحاج، وتقدم نحو ذلك في الضمان عند قوله: ولا اعتبار الخ.

باب الوكالة وما يتعلق بها

من تداعي الوكيل والموكل. ابن عرفة: الوكالة نيابة ذي حق غير ذي إمرة ولا عبادة لغيره فيه غير مشروطة بموته فخرج بقوله غير ذي إمرة الولاية العامة والخاصة، ولو أسقط ذي وجعل غير صفة لحق لكان أخصر، وبقوله ولا عبادة إمامة الصلاة، وبقوله غير مشروطة بموته الوصية ولغيره متعلق بنيابة وفيه أي نيابة في ذلك الحق.

٢٧٤- يَجُوزُ تَوْكِيلٌ لِمَنْ تَصَرَّفَا فـي مَالِـهِ لِـمَـنْ بِـذَاكَ اتَّـصَـفَـا

(**يجوز توكيل**) فعل وفاعل (**لمن**) يتعلق بيجوز لا بتوكيل ومتعلق توكيل محذوف أي في كل ما يقبل النيابة (**تصرفا**) صلته (**في ماله**) يتعلق به، ويريد أن من جاز له التصرف في ماله بمعاوضة مالية جاز له أن يوكل في قابل النيابة فتدخل الزوجة والمريض إذ كلاهما له التصرف، ولو في زائد الثلث بالمعاوضة ويخرج المحجور عليه فليس له أن يوكل لأنه ليس له التصرف بما ذكر اتفاقاً كما في (ح) قال: إلا ما يفهم من مسألة العتق وهي أن يعطي العبد مالاً لمن يشتريه لنفسه من سيده، وأصله لابن عرفة، لكن ظاهر النظم بحسب مفهومه أن المحجور لا يوكل ولو في طلب حقوقه وهو الذي يقتضيه ابن شاس وابن الحاجب ومن تبعهما، والذي به العمل كما في المتيطية والمعيار أن له أن يوكل على طلب حقوقه والخصومة فيها حضر وصيه أو غاب، كما له أن يطلبها بنفسه كذلك إلا أنهم قالوا لا يقبض المال إذا تعين، وبهذا أفتى الغبريني وعليه درج ناظم العمل حيث قال:

وطـلـب الـحـق لـتـوكـيـل لـمـن حـضـر أو غـاب وصـيـه قـمـن

فيقيد مفهوم الناظم ما على ما به العمل بالمعاوضة كما قررنا فلا يشمل طلب الحقوق كما هو ظاهره، وظاهر كلامهم أن له أن يوكل على طلب حقوقه ولو وكل عليها محجوراً أيضاً. وقولنا في قابل النيابة احترازاً مما لا يقبلها كاليمين والمعصية كالظهار ونحوه، واختلف في الوكالة على القيام بالوظائف كالإمامة والقراءة والأذان فاختار القرافي عدم جوازها لغير عذر. قال: ولا يستحق النائب ولا المنوب عنه شيئاً، واختار اللقاني والأجهوري جوازها وارتضاه الملوي وألف في ذلك. (**لمن**) يتعلق بتوكيل (**بذاك**) يتعلق بقوله (**اتصفا**) والجملة صلة والإشارة ترجع للتصرف في المال أي كما اشترط في الموكل أن يكون ممن يصح تصرفه كذلك يشترط في

(**يجوز توكيل لمن تصرفا في ماله**) وهو الرشيد الذي لا حجر عليه، فاللام متعلقة بيجوز، وإن جعلتها بمعنى من تعلقت بتوكيل، والمعنى يجوز لمن تصرف في ماله أن يوكل ومفهومه أن المحجور ليس له توكيل وهو كذلك، فلا يجوز توكيله على البيع أو الشراء أو ما في معناهما قال الحطاب: ولم أر فيه خلافاً بعد البحث عنه إلا ما يفهم من مسألة العتق قال: وأما توكيله على طلب حقوقه فلا يجوز على ظاهر المذهب ويصح على ما قاله في اللباب اهـ. وفي المتيطية قال غير واحد: وللسفيه طلب حقوقه حضر وصيه أو غاب والخصومة فيها وليس له أن يوكل على طلبها. وقال ابن بقي وغيره: له أن يوكل كما له أن يطلب وبه مضى العمل اهـ. ونحوه في المعيار إلا أنهم قالوا: لا يقبض المال إذا تعين، وقد تبين أن العمل بتوكيله في طلب حقوقه. وقال في العمليات: وجوزوا التوكيل للمحجور عليه والإيصاء في الأمور. قال في الشرح: وبه وقع الحكم من شيخنا ابن سودة كما يجوز للمحجور عليها أن توكل في لوازم عصمتها بل ليس لوليها القيام بذلك إلا توكيل منها كما في التوضيح والحطاب (**لمن بذاك اتصفا**) أي شرط الوكيل أيضاً أن يكون رشيداً فلا يجوز توكيل المحجور عليه وهو ما قاله اللخمي. ابن عرفة: وعليه عمل بلدنا. ابن شاس: كل من جاز تصرفه جاز توكيله، ومن جاز تصرفه لنفسه جاز كونه وكيلاً إلا لمانع.

الوكيل أيضاً أن يكون ممن يصح تصرفه، فلا يجوز أن يكون الوكيل محجوراً عليه لأنه تضييع للمال، وقد نهى عنه قاله اللخمي، وابن شاس ومن تبعهما، ابن عرفة: وعليه عمل بلدنا وظاهر كتاب المديان من المدونة، وصرح به في العتبية أن المحجور يجوز كونه وكيلاً عن غيره. ابن رشد: وذلك مما لا خلاف فيه لأن للرجل أن يوكل من رضي توكيله من رشيد أو سفيه ويلزمه من فعل السفيه ما يلزمه من فعل الرشيد وعلى طريقة ابن رشد هذه درج ناظم عمل فاس حيث قال:

وجوزوا التوكيل للمحجور عليه والإيصاء في الأمور

قال شارحه: يريد أن الإنسان يجوز له أن يوكل سفيهاً محجوراً عليه في خصومة أو تصرف في مال، وأو يوصى إليه بتنفيذ وصية لا بالنظر في مال الولد اهـ. لكن ينبغي أن يقيد الخلاف بما إذا لم يفوض إليه وإلاَّ فيمنع لظهور التضييع حينئذ ويقيد جواز كونه وكيلاً أيضاً بما إذا كان الموكل رشيداً عالماً بحجره كما في حاشية ابن رحال هنا، وهو ما أفتى به أبو إبراهيم إسحاق بن إبراهيم وسيأتي ذلك عند قوله: ومن على قبض صبياً قدما الخ.

تنبيهات. **الأول**: هذا كله في الحقوق المالية، وأما الحقوق البدنية كضرر زوج وقيام بعيب الزوج ونحوه فللمحجور أن يوكل من يخاصم عنه فيها قطعاً ولا قيام فيها لوليه إلا بتوكيله كما للمتيطي وغيره قال الغرناطي في وثائقه: والمحجور لا يوكل إلا فيما هو من ضرر البدن وفي الشروط المشترطة له وفي طلب النفقة والكسوة أي من وليه، فلو كانت المحجورة متزوجة وطلبت من وليها أن يسكن زوجها بها في دارها وأن تنفق على نفسها من مالها لرغبتها في الزوج ومخافة طلاقه فإنها تجاب، ولا مقال لوليها. وانظر الحجر من البرزلي وسيأتي إن شاء الله في بيع الفضولي.

الثاني: إذا وكل المحجور وليه فبمجرد قبول الولي لتوكيله يصير المحجور رشيداً ولا يصدق الولي في أنه لم يخرجه من الحجر قاله في الكراس الثاني من أنكحة المعيار قال: ونزلت فحكم فيها بذلك.

الثالث: تقدم أنه لا بد أن يضمن الموثق في رسم الوكالة أن الموكل أشهدهما بها فإن لم يبينا أن الموكل أشهدهما بها فشهادتهما باطلة لا يعمل بها. قاله ابن الحاج ونقله ابن سلمون في فصل بيع الوكيل ونقله (ح) أيضاً مسلماً.

٢٧٥ـ وَمُنِعَ التَّوْكِيلُ لِلذِّمِّيِّ وَلَيْسَ إنْ وُكِّلَ بِالْمَرْضِيِّ

(ومُنِعَ) فعل وفاعل **(التوكيل)** مفعول به **(للذمي)** يتعلق بما قبله يليه أي ومنع العلماء رضي الله عنهم أن يوكل المسلم الذمي لأنه لا يتقي الحرام في بياعاته وسائر معاملاته وظاهره

وصرح ابن راشد بالجواز، وأفتى به ابن الحاج وهو نص العتبية. وقال ابن رشد: بلا خلاف. قال الحطاب: فتحصل فيه طريقتان.

(ومنعوا التوكيل) من المسلم **(للذمي)** لأنه لا يتقي الحرام في معاملاته. قال مالك: وكذا عبده النصراني لا يجوز أن يأمره ببيع شيء أو شرائه أو اقتضاء، ولا يمنعه أن يأتي الكنيسة أو

ولو قارضه لأن القراض توكيل وفي ذلك نزاع، وكذا مشاركته إذ كل من الشريكين وكيل عن الآخر إلا أن لا يغيب عنه وظاهره منع توكيله، ولو في خصومة عنه وظاهره أيضاً منعه في كل شيء وليس كذلك، بل توكيله على قبول نكاح أو دفع هبة ونحو ذلك لا يمنع، وكذا مساقاته إن كان لا يعصر حصته خمراً وبمنزلة الذمي من ظهر منه عند القاضي لدد وتشغيب في الخصومات فيمنع ولا يقبله القاضي وكيلاً، إذ لا يحل له إدخال اللدد على المسلمين قاله ابن فرحون. والمراد بالذمي الكافر فيشمل المؤمن وعبده النصراني ونحوهما (خ) ومنع ذمي في بيع أو شراء أو تقاض وعدوّ على عدوه (**وليس**) فعل ناقص (**أن وكَّل**) بفتح الهمزة والكاف المشددة في تأويل مصدر اسمها، وفاعل وكَّل ضمير يعود على الذمي ومفعوله محذوف أي وليس توكيل الذمي المسلم (**بالمرضي**) خبر ليس جر بالباء الزائدة قال الشعباني: الوكالات أمانات فينبغي لأولي الأمانات أن لا يتوكلوا لأولي الخيانات، وعن مالك: كفى بالمرء خيانة أن يكون أميناً للخونة اهـ. والتعبير بينبغي يقتضي الكراهة وهو ظاهر النظم، وبها صرح غير واحد وسواء كان توكيل الذمي للمسلم بأجرة أم لا. وكله في خصومة أو بيع أو شراء، وهذا ما لم يكن المسلم تحت يد الذمي كأجير الخدمة وإلاَّ فيمنع انظر ضيح.

٢٧٦ـ وَمَنْ عَلَى قَبْضٍ صَبِيّاً قَدَّمَا فَقَبْضُهُ بَرَاءةٌ لِلْغُرَمَا

(**ومن**) اسم شرط (**على قبض**) يتعلق بقدما (**صبياً**) مفعول (**قدما**) بفتح الدال المشددة مبني للفاعل وضميره المستتر يعود على من وألفه للإطلاق (**فقبضه**) مبتدأ (**براءة**) خبره (**للغرما**) يتعلق به، والجملة في محل جزم جواب الشرط، ويجوز أن تكون من موصولة ودخلت الفاء في خبرها لشبه الموصول بالشرط في العموم والإبهام، ومعناه أن من قدم صبياً على قبض دين ونحوه من وديعة وعارية وغير ذلك من الحقوق فإن الدافع يبرأ من ذلك أن ثبت الدفع ببينة لأنه قد رضي به ونزله منزلته وسواء أوصله الصبي لربه أو أتلفه ولا ضمان عليه ولو ثبت تعديه عليه، فإن لم يثبت الدفع فلا يبرأ. ولو أقر الصبي لقول (خ) وإن قال أي الوكيل غير المفوض قبضت وتلف برىء وإن لم يبرأ الغريم إلا ببينة ولا مفهوم للصبي بل البالغ المحجور كذلك، وإنما خصص الصبي بالذكر ليفهم غيره بالأحرى ولا مفهوم لقبض بل لو وكله على البيع أو الشراء أو نحو ذلك لكان فعله ماضياً ويبرأ المشتري بدفع الثمن إليه لأن من وكل على بيع شيء فهو موكل على قبض ثمنه إلا أن يشترط عليه أن لا يقبضه إلا بتوكيله على القبض، نص عليه ابن الحاج كما في ابن عرفة وابن سلمون وغيرهما. وتوكيله على البيع نص عليه أبو إبراهيم إسحاق بن إبراهيم كما

ليشرب الخمر (**وليس أن وكل**) بفتح الهمزة يعني وليس توكيل الذمي للمسلم بأن ينوب في خصومة أو غيرها (**بالمرضي**) أي يكره لما فيه من الامتهان أو حيث لا يؤمن صدقه في دعواه ففي ابن عتاب عن الشعباني: الوكالات أمانات فينبغي لأولي الأمانات أن لا يتوكلوا لأولي الخيانات وكفى بالمرء خيانة أن يكون أميناً للخونة (**ومن على قبض**) بالتنوين (**صبياً**) مفعول مقدم أي ومن (**قدما**) صبياً على قبض ممن له عليه دين (**فقبضه**) ماض على الموكل (**براءة للغرما**) الذين أدوا إليه. قال ابن الحاج: لأن صاحب الحق قد رضي به وأنزله منزلته، ولا ينافي ما تقدم عن اللخمي وغيره من أن ذلك لا يجوز لأن هذا كلام فيما بعد الوقوع وإن كانت طائفة تجيزه ابتداء كما مرّ.

في وصايا المعيار. وقيده بما إذا كان الموكل له رشيداً عالماً بحجره، واعتمد ابن رحال قيده المذكور كما مر قريباً.

قلت: أما التقييد بكون الموكل رشيداً فظاهر لما مرّ من أن المحجور لا يوكل على ما فيه معاوضة ولا يقبض حقوقه الواجبة له، وإذا لم يقبضها بنفسه فكذلك بوكيله وإلا بطلت فائدة الحجر فيقيد النظم بهذا القيد، ولا يبرأ الغريم بالدفع إليه حينئذ، وأما التقييد بكونه عالماً بحجره فلا تظهر له ثمرة لأن تصرفه بالبيع والقبض ونحوهما لا يرد لدعوى الموكل عدم العلم بحجره ولا يوجب تضمين المحجور أو الغريم كما لا يخفى، بل لو ثبت عدم علمه حين التوكيل لم يرد تصرفه لتعلق حق الدافع والمشتري بذلك والتفريط إنما جاء من قبله حيث لم يتثبت. ولا يقال ثمرته تظهر في تصرفه بعدم المصلحة. لأنا نقول الوكيل من حيث هو رشيد أو محجور علم الموكل بحجره أم لا معزول عن غير المصلحة، فلا فرق في هذا بين المحجور وغيره كما يأتي في قوله: وليس يمضي غير ما فيه نظر الخ. والله أعلم. وهنا تم الكلام على الموكل والوكيل اللذين هما الركنان الأولان من أركان الوكالة، وسيأتي الركن الثالث والرابع اللذان هما الموكل فيه والصيغة عند قوله، وحيثما التوكيل الخ وعند قوله: والزوج للزوجة كالموكل الخ.

تنبيه: ما ذكره ابن الحاج وتبعه الناظم ظاهر في جواز توكيل المحجور كما في البرزلي، وهي طريقة ابن رشد كما مرّ فدرج الناظم أولاً على طريقة اللخمي وهنا على طريقة ابن رشد، فلو قال إثر قوله: لمن بذاك اتصفا ما نصه:

وقيل في المحجور ذي التقديم   في قبضه براءة الغريم

لكفاه في الإشارة لطريقة ابن رشد وسلم من التناقض في الكلام والجواب عنه بكون ما هنا فيما بعد الوقوع وما مر في الجواز ابتداء غير ظاهر لأن ظاهر كلام اللخمي ومن وافقه أن وكالة المحجور لا تنعقد لأن الأصل فيما لا يجوز عدم الانعقاد، وإذا لم تنعقد فلا تترتب عليها الآثار من لزوم تصرفاته للموكل، وما ذاك إلا لكون توكيله بمنزلة التوكيل على غير النظر فهو كالتوكيل على المعصية لأن الغالب أن المحجور لا يتصرف إلا بغير النظر، ولذا قال ابن عرفة: أصل المذهب منع التوكيل على غير وجه النظر قال: ويأتي نقل اللخمي عن المذهب منع توكيل السفيه اهـ. وقد عللوا عدم الجواز بأن وكالته تضييع للمال وعليه فلا يلزمه بيعه، ولو وافق السداد ولا يبرأ الغريم بالدفع إليه وهو ظاهر إن لم يعلم الموكل بحاله وعلم الغريم بحجره ولو جهل انعقاد وكالته لأن الجهل في الأحكام لا يفيد، وأما إن لم يعلم بحجره فالظاهر البراءة لا من جهة صحة وكالته، بل لأن الموكل إن علم به فهو المسلط له على إتلاف ماله وإن لم يعلم فالتفريط جاء من قبله فليس تضمين الغريم بأولى من تضمينه. هكذا ينبغي تفصيل هذه الطريقة وما في (ح) عند قوله: إلا أن يقول وغير نظر مما يقتضي خلاف التفصيل المذكور غير ظاهر فتأمله والله أعلم.

٢٧٧ـ وَجَازَ لِلْمَطْلُوبِ أنْ يُوَكِّلاَ   وَمَنْعُ سَحْنُونٍ لَهُ قَدْ نُقِلاَ

(وجاز للمطلوب أن يوكلا) من يخاصم عنه ويدفع حجة طالبه كما يجوز ذلك للطالب عند

(وجاز للمطلوب) يتعلق بجاز **(أن يوكلا)** في تأويل مصدر فاعله **(ومنع)** مبتدأ **(سحنون)** مضاف إليه **(له)** يتعلق بالمبتدأ وضميره للمطلوب بتقدير مضاف أي لتوكيله، ويحتمل أن يعود على المصدر المؤول أي ومنع التوكيل جملة **(قد نقلا)** بالبناء للمفعول ونائبه يعود على المبتدأ، والجملة خبره ومعناه أن المطلوب يجوز له أن يوكل من يخاصم عنه على المشهور المعمول به، كما يجوز ذلك للطالب. ونقل عن سحنون أنه كان لا يقبل من المطلوب وكيلاً إلا أن يكون امرأة لا يخرج مثلها أو مريضاً أو مريداً سفراً أو كان في شغل الأمير أو على خطة لا يستطيع مفارقتها ونحو ذلك من الأعذار، ولما قيل له لأي شيء تفعل هذا ومالك يقبل الوكيل مطلقاً؟ قال: قال عمر بن عبد العزيز: تحدث للناس أقضية الخ. ووقع له أيضاً في رسالة لقاضي القضاة بقرطبة المنع من التوكيل جملة طالباً أو مطلوباً. ابن عرفة: وفي جوازها لغير عذر. ثالثها: للطالب لا للمطلوب للمعروف مع قول المتيطي هو الذي عليه العمل، ونقله عن سحنون وفعله اهـ. فقول الناظم: ومنع سحنون الخ يحتمل أن يكون أشار به لقوله الأول أو الثاني.

٢٧٨ـ وَحَيثُمَا التَّوْكِيلُ بِالإِطْلَاقِ   فَذَلِكَ التَّفْوِيضُ بِاتِّفَاقِ

(وحيثما) اسم شرط **(التوكيل)** فاعل بفعل مقدر تقديره وقع **(بالإطلاق)** في محل الحال منه **(فذلك)** مبتدأ **(التفويض)** خبر والجملة جواب الشرط والفاء رابطة بينهما **(باتفاق)** في محل الحال من التفويض، ومعناه أن التوكيل إذا وقع مطلقاً ولم يقيد بالتفويض ولا بأمر مخصوص كقوله: وكلتك أو أنت وكيلي فإن ذلك هو التفويض باتفاق فيعم جميع الأشياء، وأحرى إذا نص على التعميم كقوله: وكلتك على جميع أموري أو أقمتك مقامي في جميع الأمور، ولم أستثن عليك فصلاً من الفصول فيمضي فعله في كل شيء وإن كان نظراً إلا في طلاق زوجته وإنكاح بكره وبيع دار سكناه أو عبده إلا أن يقول: وكلتك بما إلي من تطليق نسائي وعتق عبيدي وبيع أملاكي فيمضي فعله في الجميع فإن نص على التخصيص كقوله: وكلتك على قبض ديني أو على

سائر الفقهاء **(ومنع سحنون له)** أي لتوكيل المطلوب **(قد نقلا)** والعمل على الجواز قال في المتيطية: وإذا أراد الرجل التوكيل جاز له ذلك طالباً كان أو مطلوباً هذا القول المشهور الذي جرى به العمل، وكان سحنون لا يقبل من المطلوب وكيلاً إلا من امرأة لا يخرج مثلها أو مريض أو مريد سفر أو من تبين عذره. وقال ابن عرفة: وفي جوازها لغير عذر ثالثها للطالب لا للمطلوب للمعروف مع قول المتيطي هو الذي عليه العمل، ونقله عن سحنون وفعله.

(وحيثما) وقع **(التوكيل بالإطلاق)** كأن يقول وكلتك أو أنت وكيلي ولا يزيد على ذلك **(فذلك التفويض)** في الوكالة فيعم الجميع وأحرى إذا نص على التعميم **(باتفاق)** فإن لم يطلق بل قيد كقوله: وكلت على فلان أو على قبض ديني أو بيع ثوبي اختص بذلك، وهذه طريقة ابن رشد لأنه قال: إنما تكون الوكالة مفوضة في كل شيء إذا لم يسم فيها شيئاً اهـ. ولهذا قالوا في الوكالة: إذا طالت قصرت وإذا قصرت طالت. وطريقة ابن بشير وابن شاس وابن الحاجب أن الإطلاق لا يفيد ولا يصح به توكيل، وعليه الشيخ (خ) إذ قال بما يدل عرفاً لا بمجرد وكلتك بل حتى يفوض أو يعين بنص أو قرينة وتخصص بالعرف، فلا يعده اهـ وحيث قلنا بالتفويض للنص عليه أو للإطلاق مضى تصرفه فيما كان نظراً.

بيع ثوبي أو على فلان أو بمخاصمة خصمائي فهي وكالة خاصة بالخصام، وقبض الدين والبيع من فلان. ابن فرحون: الوكالة على طلب الآبق لا تشمل الخصومة فيه اهـ. وما ذكره الناظم من أنه إذا لم يقيد بتعميم ولا بتخصيص يكون تفويضاً باتفاق هو طريقة ابن رشد، وطريقة ابن بشير وابن شاس وابن الحاجب أن الإطلاق لا يصح به توكيل، بل حتى ينص على التعميم أو التخصيص وعليها درج (خ) إذ قال: صحت الوكالة بما يدل عرفاً لا بمجرد وكلتك، بل حتى يفوض أو يعين بنص أو قرينة وتخصص وتقيد بالعرف فلا يعده الخ. فلو قال له: اشتر لي عبداً فإنه يتقيد بما يليق به، وكذا لو قال له: بع دوابي وكان العرف يقتضي تخصيص بعض أنواعها فإنه يتخصص به، ولو قال: بع بما باع به فلان فرسه فالعمل بما باع به فلان مشترط في حق الوكيل لا في حق الموكل.

قلت: ويمكن تمشية الناظم على هذه الطريقة بحمل الإطلاق في كلامه على أنه نص له عليه أو على مرادفه كقوله: وكلتك وكالة مطلقة أو مفوضة أو غير مقيدة بشيء دون شيء أو بما إلي من قليل أو كثير أو على جميع الأمور ونحو ذلك مما فيه التنصيص على إطلاق يده في التصرف ومراده بالاتفاق اتفاق أهل هذه الطريقة، وهذا أولى وأقرب من تمشيته على الطريقة الضعيفة. المتيطي: إن لم يسم شيئاً بل قال: وكلته وكالة مفوضة جاز فعله عليه في كل شيء من البيع والصلح وغيرهما، وإن قال: وكلته وكالة مفوضة جامعة لجميع وجوه التوكيل ومعانيه كان أبين اهـ. ابن شاس. يشترط فيما فيه التوكيل أن يكون معلوماً في الجملة ويستوي كونه منصوصاً عليه أو داخلاً تحت عموم اللفظ أو معلوماً بالقرائن أو بالعادة اهـ. ابن عرفة: شرط صحة الوكالة علم متعلقها خاصاً أو عاماً الخ. قال وقول ابن شاس بالعادة هو كقولها في ذبح الولد أضحية أبيه وإنكاحه أخته حسبما ذكره في الأضحية والنكاح فتأمل قوله: أو داخلاً تحت عموم الخ.

قلت: ومن العادة قول الناظم الآتي: وغائب ينوب في القيام الخ. وقوله: والزوج للزوجة كالموكل الخ. وهذا إذا لم يقع التعميم إثر تخصيص، وإلا ففي البرزلي عن ابن عتاب الذي جرى به العمل وأفتى به الشيوخ: أنه متى انعقد في وثيقة التوكيل تسمية شيء، ثم ذكر بعد ذلك التفويض أنه إنما يرجع لما سمى وإن لم يسم شيئاً، وذكر التفويض التام فهو عام في الجميع اهـ. ونحوه لابن رشد كما في ابن عرفة وهو المشار له بقول اللامية: وإن وقع التفويض إثر مقيد الخ وأما عكسه وهو أن يفوض ويعمم أولاً ثم يسمي بعض ما يدخل تحت ذلك اللفظ ويسكت عن الباقي. فقال البرزلي أيضاً: يجري على الخلاف الآتي في الهبة إذا قال: وهبت لولدي وسمى البعض وسكت عن البعض الآخر، وأحفظ عن الطرر وعن بعض الأندلسيين دخول المسكوت عنه، وأحفظ في بعض الروايات في الوكالات أنها تختص بما ذكر خاصة.

قلت: أفتى أبو الحسن في نوازله فيمن حبس على ولده جميع أملاكه، وذكر بعض الأملاك وترك البعض الآخر أنه يدخل الجميع قال: لأن المخصوص داخل بلفظ الخصوص والعموم والمتروك داخل بلفظ العموم فقط، فهو كمن باع جميع أملاكه وسمى بعضها وترك البعض الآخر فيلزمه البيع في الجميع على الراجح، انظر ابن هلال وشراح المتن في التناول، وهذا أنسب

بمسألة الوكالة المذكورة فيترجح فيها العموم إن كان يعلم بما لم يسمه، وأما من قال: وهبت لولدي أو أوصى عليه وسمى البعض دون البعض، فاختار ابن رشد فيها عدم العموم قائلاً لأن لفظ ولدي يقع على الواحد والجمع فلا يدخل إلا ما سماه وإن كان ناظم العمل درج في الوصية على التعميم حيث قال:

ومن على أولاده أوصى وما سمى سوى البعض فذاك علما

تنبيهان. الأول: معنى كون التفويض راجعاً للمقيد أنه تفويض في أحوال ذلك الخاص من كونه جعل له فعل ذلك في أي زمان وفي أي الأسواق والأمكنة شاء وأن يتحاكم في الخصومة عند أي قاض شاء أو يبيع ممن شاء ونحو ذلك. هكذا في ابن عرفة عن ابن عبد السلام، بل وقع في السماع فيمن وكلت رجلاً على خصومة في قرية وأنها فوضت إليه وأمره جائز فيما يصنع ولم تذكر بيعاً ولا صلحاً فباع الوكيل القرية بعد أن صالح فيها أن الصلح لازم لها دون البيع. ابن رشد: الأصل أن الوكيل لا يتعدى ما سمى له، وإنما أجاز في هذا السماع صلحه لقول موكلته فوضت إليه في الخصومة وجعلت أمره جائزاً فيما يصنع فلم يخالف قول أصبغ ليس لوكيل الخصومة صلح أي لأنه لم يذكر له فيها تفويضاً ولا قول. عيسى: من وكل على قبض ديونه وفوض إليه النظر فيها لا يجوز صلحه لإمكان تفويض صرف النظر في قول عيسى لتعجيل ما يقتضي النظر تعجيله وتأخير ما يقتضي النظر تأخيره اهـ.

قلت: وانظر على ما في السماع إذا قال: وكلته على الخصام توكيلاً مفوضاً هل يشمل توكيله الإقرار والإنكار لأنهما من عوارض الخصام فيرجع لهما لتفويض أشد من رجوعه للصلح فتأمله. والله أعلم. قال فضل: ومن وكل وكالة مفوضة فيجوز صلحه إذا كان نظراً وأما من وكل على تقاضي دين أو خصومة أو أمر معين وفوض إليه النظر فلا يجوز صلحه وإن كان نظراً حتى ينص له على ذلك قال: وقاله جميع أصحابنا. واقتصر عليه في المتيطية والفشتالية وابن رحال وظاهرهم أنه المعتمد دون ما تقدم عن السماع فتأمله وهو ظاهر قول اللامية:

وكل وكيل فامنعن صلحه سوى وكيل بتفويض يصادف منهلا

فمراده بوكيل التفويض الوكيل المفوض إليه في جميع الأمور لأنه إذا أطلق إنما ينصرف إليه لا الوكيل المخصوص المتقدم في السماع كما قرره به بعض شراحها، وبالجملة فما لفضل وصاحب اللامية هو الذي تقدم عن ابن عتاب أن به العمل وما وفق به ابن رشد بين كلام الأئمة يظهر من المتيطي وغيره أنه مقابل فتأمله.

الثاني: قال في كتاب الغرر من المدونة: وأما الدور والأرضون والعقار فالنقد فيها جائز بشرط قربت الغيبة أو بعدت قالوا: يحتمل أن يكون عطف العقار على ما قبله من عطف العام على الخاص، ويحتمل أن يكون من عطف المغاير وأن المراد به البساتين فيؤخذ منه أن من وكل على بيع عقار أن الدور لا تدخل في الوكالة ونزلت في الأندلس، وحكم فيها بعدم الدخول حتى ينص على الدور قاله البرزلي. ابن شاس: ومخصصات الموكل معتبرة فلو قال: بع من زيد لم يبع من غيره وإن عين زمناً أو سوقاً تتفاوت الأغراض في كل منهما وجب اتباعه. ابن عرفة: وفي كتاب القراض ومنه تأخير بيع سلعه لما يرجى له سوق أي فإن باع قبله ضمن ولو وكله على

شراء سلعة فلان بخصوصه بها فاشتراها فتبين أنها لغيره أدخلها في سلع فلان المذكور، فذلك عيب يوجب للموكل القيام بنقض البيع قاله المازري.

٢٧٩ـ وَلَيْسَ يَمْضِي غَيْرُ مَا فِيهِ نَظَرْ   إلاَّ بِنَصٍّ فِي الْعُمُومِ مُعْتَبَرْ

(وليس) فعل ناقص **(يمضي)** مضارع مضى الثلاثي خبرها مقدم **(غير)** اسمها مؤخر **(ما)** موصول مضاف إليه **(فيه)** خبر عن قوله **(نظر)** والجملة صلة ما **(إلا)** استثناء **(بنص)** يتعلق بيمضي أي لا يمضي غير النظر بسبب من الأسباب أو بشيء من الأشياء إلا بنص **(في العموم)** يتعلق بقوله **(معتبر)** الذي هو صفة لنص، والتقدير لا يمضي غير النظر من المفوض إليه وأحرى المخصوص إلا بنص معتبر في العموم كأن يقول وكلتك على النظر وغير النظر فيمضي حينئذ غير النظر (خ) فيمضي النظر إلا أن يقول وغير نظر إلا الطلاق الخ. وما ذكره من أنه يمضي غير النظر إذا نص له عليه نحوه لابن بشير وابن شاس وابن الحاجب، واعترضه ابن عرفة وكذا (خ) في ضيح قائلاً: فيه نظر إذ لا يأذن الشرع في السفه فينبغي أن يضمن الوكيل إذ لا يحل لهما ذلك اهـ. فقوله ينبغي الخ ظاهر إذا كان الوكيل رشيداً لأنه إذا باع ما يساوي مائة بخمسين مثلاً وتعذر رده صار بمنزلة المودع عنده يحرق الوديعة بإذن ربها فإنه يضمنها وبه تعلم أن قياس (خ) عدم الضمان على نفي القود غير ظاهر إذ لا يلزم من نفي القود في قطع اليد بإذن ربها عدم الغرم في المال لأن القود عين والحدود تدرأ بالشبهات بخلاف الغرم انظر عند قول (خ) في الدماء، ولو قال: إن قتلتني أبرأتك وانظر ما مر عند قوله: ومن على قبض صبياً قدما الخ. وشمل قوله غير ما فيه نظر ما فيه مفسدة راجحة أو مرجوحة أو مساوية وما لا مصلحة فيه ولا مفسدة، لأن هذه الأقسام ليست من باب ما هو أحسن قاله في أوائل أحباس المعيار. قال: والوصي في ذلك كالوكيل ابن عرفة: وظاهر قول أبي عمران إن قدر الغبن في بيع الوصي والوكيل ما نقص عن القيمة نقصاً بيناً وإن لم يبلغ الثلث وهو صواب لأنه مقتضى الروايات في المدونة وغيرها إذا باع الوكيل أو ابتاع بما لا يشبه من الثمن لم يلزمك اهـ. أي: ولو التزم له إتمام النقص ونقله (ح) عند قول المتن ولا بغبن ولو خالف العادة الخ. وما ذكره عن المدونة وهو قول (خ) في الوكالة وتعين في المطلق نقد البلد ولائق به وثمن المثل والأخير، وقال أيضاً في الإجارة عاطفاً على ما لا يمضي: وكراء وكيل بمحاباة أو بعرض الخ. وقوله خير أي في إمضاء فعله أو نقضه وأخذ سلعته إن كانت قائمة فإن فاتت خير في الإمضاء أو تضمينه القيمة.

تنبيهات. الأول: يمكن أن يكون المراد بغير النظر الذي يمضي بالنص عليه على ما في النظم ومن معه هو ما لا تنمية للمال فيه كعتق وهبة وصدقة أريد بها ثواب الآخرة، لأن فيها مصلحة في نفس الأمر وإن كانت لا تنمية فيها، أو المراد به ما ليس نظر عند الناس، وهو عند الوكيل نظر كشراء جارية رخيصة لا تليق بالموكل أو يشتري بأزيد من القيمة لسهول العهدة في

(وليس يمضي غير ما فيه نظر) لأن الوكيل معزول عن غير المصلحة وعن المصلحة المرجوحة **(إلا بنص في العموم)** متعلق بما قبله أو بما بعده **(معتبر)** صفة لنص كأن يقول: وكلتك على ما هو نظر وغير نظر فيمضي حينئذ ولو كان غير نظر إلا في أربعة أشياء طلاق زوجته وإنكاح بكره وبيع دار سكناه وعبده، فلا يمضي شيء منها إلا بالنص على عينه، والمراد بغير النظر فيما عند الناس

ذلك البائع أو يبيع بأنقص كذلك أيضاً فيسقط الاعتراض حينئذ عن الناظم ومن وافقه.

الثاني: قال ابن بشير: إن قال له بع بعشرة فباع باثني عشر أو بع بالدين بعشرة فباع بها نقداً. فقولان مبنيان على الخلاف في شرط ما لا يفيد هل يوفي به أم لا؟ ابن عرفة: والأظهر إن كان ذلك من بيع ما فيه شفعة أن يكون للآمر مقال لجواز تعلق قصده بشركة الشفيع دون غيره اهـ. ولو قال له بعها بعشرة بالنقد فباعها إلى أجل لعدم وجود من يشتريها في ذلك البلد الذي سافر إليه بالنقد لزمته القيمة كما في البرزلي عن ابن رشد ابن عرفة: ولو قال له بعها بعشرة نقداً فباعها بذلك وقيمتها أكثر فلا مقال للآمر، ثم قال أيضاً: وإن قال بعها بثمن إلى أجل فباعها به نقداً، وقيمة السلعة أكثر من ذلك غرم الوكيل القيمة إذ لا ينظر لما سمي بل إلى القيمة لأنه يقول: إنما سميت العشرة خوف بيعها بأقل منها قال: واختلف في كون التسمية للثمن مسقطة عن المأمور النداء والشهرة والمبالغة في الاجتهاد. على قولين بالإمضاء وعدمه لأن القصد عدم النقص عن الثمن وطلب الزيادة انظر ذلك فيه إن شئت.

الثالث: من غير النظر أيضاً أن يدفع الوكيل الدين ونحوه بغير إشهاد (خ) وضمن أن أقبض الدين ولم يشهد الخ. وتقدم نحوه في الضامن والمقارض مثل الوكيل في ذلك، وسيأتي قول الناظم: ومن له وكالة معينة. الخ. . ولا فرق في هذا بين المفوض وغيره، ويسوغ للموكل تضمينه وإن علم ببراءة الوكيل لأنه الذي أتلف عليه ماله حيث لم يشهد ما لم يدفعه العامل أو الوكيل بحضرة رب المال وإلا فلا ضمان لأن التفريط حينئذ من ربه.

٢٨٠- وَذَا لَـهُ تَـقْـدِيـمُ مَـنْ يَـرَاهُ   بِـمِـثْـلِـهِ أَوْ بَـعْـضِ مَـا اقْـتَـضَـاهُ

(وذا) مبتدأ والإشارة للوكيل المفوض إليه **(له)** خبر عن قوله **(تقديم)** مبتدأ وسوغ الابتداء به العمل، ويحتمل أن يكون فاعلاً بمحذوف أي: وذا يجوز له تقديم **(من)** موصول مضاف إليه من إضافة المصدر لمفعوله **(يراه)** صلة والرابط الضمير البارز ومفعوله الثاني محذوف وفاعله ضمير مستتر يعود على ذا **(بمثله)** يتعلق بتقديم وهو على حذف مضاف أي بمثل تقديمه، والجملة من المبتدأ الثاني وخبره خبر الأول **(أو بعض)** معطوف على بمثل ولم يعد الخافض لعدم لزومه على حد قوله: ﴿واتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام﴾ [النساء: ١] وهو مذهب ابن مالك إذ قال: وليس عندي لازماً الخ. **(ما)** موصول **(اقتضاه)** صلته، والمعنى أن المفوض إليه له أن يقدم بمثل تقديمه أو ببعض ما اقتضاه تقديمه من فصوله من يراه أهلاً لذلك. والحاصل، أن له أن يوكل وكيلاً مفوضاً إليه أو مخصوصاً ببعض الأمور لأنه قائم مقام موكله فما جاز لموكله يجوز له، وهذا هو الذي استظهره ابن رشد وفي ضيح أنه المعروف من المذهب، وقال ابن ناجي في كتاب الشهادات من المدونة: والعمل عندنا أن المفوض إليه لا يوكل إلا بالتنصيص عليه، وكذا العمل عندنا أنه لا يحل عنه العصمة ولا يبيع عنه الربع للعرف وإلا فالأصل دخوله اهـ. ونحوه ذكره

وهو نظر عند الوكيل أو ما ليس فيه تنمية، وأما الإسفاء فلا يجوز **(وذا)** أي الوكيل المفوض **(له تقديم)** أي توكيل **(من يراه بمثله)** أي بمثل ما وكل عليه من التفويض **(أو بعض مقتضاه)** أي بأن يوكل وكيلاً مخصوصاً ببعض الأمور التي وكل عليها لا مفوضاً مثله، وقيل: ليس للمفوض أن

في إرخاء الستور منها. وأفهم قوله للعرف أن هذه الأمور إنما خرجت عندهم لأجل العرف وأن المدار في ذلك عليه، فإن جرى عرف بلد بمثل ذلك عملوا عليه وإلاَّ فلا. وحينئذ فقول (خ) وتخصص وتقيد بالعرف شامل للمفوض والمخصوص خلافاً لبعض شراحه لأن ما خرج عن العرف لم يقصد إليه، ولهذا خرج بيع دار السكنى وبيع العبد القائم بأموره كما مر وقد قال ابن عرفة ما نصه: والحاصل أن بين متعلق التوكيل خصوصاً أو عموماً لزم قصره عليه وإعماله فيه إلا ما خص ولو بعادة اهـ. فهو صريح في تخصيص التفويض بالعرف والله أعلم.

٢٨١ـ وَمَنْ عَلَى مُخَصَّصٍ وُكِّلَ لَمْ يُقَدِّمْ إلا إنْ بِهِ الْجَعْلُ حَكَمْ

(**ومن**) اسم شرط أو موصول (**على مخصص**) بفتح الصاد صفة لمحذوف يتعلق بقوله: (**وكل**) بالبناء للمفعول فعل الشرط أو صلة (**لم يقدم**) بكسر الدال المشددة جواب الشرط أو خبر عن الموصول (**إلا**) استثناء (**أن**) شرط (**به**) يتعلق بحكم آخر البيت وضميره للتقديم المفهوم من قوله لم يقدم (**الجعل**) بفتح الجيم فاعل بفعل محذوف يفسره (**حكم**) وهو إما بمعنى الفاعل أي الجاعل أو على حذف مضاف أي ذو الجعل، والمراد به الموكل على كل تقدير، ومعناه أن من وكل على شيء مخصوص كبيع سلع مثلاً لم يجز له أن يقدم أي يوكل غيره على فعله إلا إذا حكم الجاعل له بالتقديم أي جعل له موكله ذلك بنص أو قرينة كأن يكثر ما وكل عليه بحيث لا يمكنه الاستقلال به وحده، فيوكل حينئذ من يعينه فقط، وإن لم ينص له عليه وكشريف قد وكُل على بيع دواب مثلاً لا تليق به مباشرة بيعها وعلم الموكل بحاله أو كان مشهوراً عند الناس بأنه لا يلي ذلك بنفسه، فله أن يوكل في الحالتين ويحمل الموكل في الثانية على أنه علم بحاله ولا يصدق في أنه لم يعلم فإن لم يعلم الموكل ولا اشتهر الوكيل بذلك فليس له التوكيل، وهو ضامن حيث لم يعلم الوكيل الثاني بتعديه في توكيله وإلاَّ فالضمان عليه كما في (خ) وإلى هذا أشار بقوله عاطفاً على الممنوع وتوكيله إلا أن يليق به أو يكثر فلا ينعزل الثاني بعزل الأول الخ.

تنبيهات. **الأول**: الوصي مثل المفوض ومقدم القاضي مثل المخصوص قاله أبو الحسن. قالوا للوصي أن يوصي بلا خلاف ويوكل والوكيل المخصوص ومقدم القاضي ليس لهما أن يوكلا بلا خلاف، ونقل (ح) عنه في باب الحجر أن المشهور في مقدم القاضي عدم التوكيل وهو معنى قول اللامية:

بتوكيل ذي التقديم من عند حاكم بلا إذنه قولان بالمنع فاعملا

وتأمل قوله: بالمنع فاعملا مع ما في نوازل الرهن من المعيار عن الإمام السنوسي أن الذي به العمل وانعقدت عليه الوثائق جواز توكيله ونحوه في المتيطية عن بعض الموثقين.

يوكل إلا بنص له على ذلك. قال ابن ناجي: وبه العمل كالوكيل الخاص المشار إليه بقوله: (**ومن على مخصص وكل لم يقدم**) أي لم يجز له أن يوكل غيره على شيء مما وكل فيه (**إلا أن به الجعل حكم**) أي إلا أن يجعل له ذلك إلا بنص أو قرينة ككون ما وكل عليه لا يليق به أن يباشره كشريف قدر وكل على بيع دواب أو يكثر ما وكل عليه من الأمور بحيث يعلم أن الوكيل لا يستقل بها (خ) ومنع توكيله إلا أن لا يليق به أو يكثر ولا ينعزل الثاني بعزل الأول.

الثاني: قال في المتيطية: وإذا وكلته وكالة على الخصام وجعلت له أن يوكل من يرى توكيله. قلت: وأذن له أن يوكل عنه من شاء بمثله أو بما شاء من فصوله وتكمل العقد. فإن قلت: وأذن له أن يوكل عنه من شاء ولم تزد بمثله أو بما شاء منه لم يكن للوكيل الثاني أن يخاصم عن الموكل الأول حتى يجعل له من الإقرار والإنكار مثل ما جعله للأول، وقال بعد ذلك: وإن وكلته وكالة مفوضة جامعة لفصوله وجعلت للوكيل أن يوكل من شاء بما شاء من فصوله فلا بد أن يقول الموثق: والتزم الموكل لوكيل وكيله مثل ما التزم لوكيله وإلا لم يكن للثاني أن يوكل غيره اهـ فانظره.

الثالث: إذا جاز للوكيل أن يوكل بما قبضه الثاني من المال يلزمه دفعه لمن أراد قبضه منه من موكله أو رب المال لأنه يبرأ بالدفع لكل منهما، وإن باع كل منهما شيئاً واحداً فالعبرة بالأول كما قال (خ) وإن بعت وباع فالأول إلا لقبض الخ. ولو جاء رجل بكتاب فيه الأمر بأن يدفع لحامله من دينه كذا فاعترف المدين أنه خط رب الدين لم يقض عليه بالدفع، وكذا إذا صدقه في أنه أمره أن يدفع إليه بخلاف ما لو أتاه بوكالة فأقر له بصحتها وأبى من الدفع فإنه يقضي عليه، فإن أنكر الموكل الوكالة بعد ذلك غرم الحق ثانياً لأنه إنما قضى عليه بإقراره كما في البرزلي وما ذكره من أنه إذا أقر له بالوكالة يقضي عليه نحوه في الباب السبعين من التبصرة وذكره في الفصل السادس في حكم الوكالة منها أيضاً، وهو مخالف لما ذكره في الفصل الخامس من أن الخصم إذا صدق الوكيل لم يجبره الحاكم على الدفع على المشهور حتى يثبت عنده صحة الوكالة وهو الموافق لما في المدونة وتبصرة اللخمي كما في (ح) وفي البرزلي أيضاً: إذا قبض رجل دينك بغير إذنك وأخبرك القابض بذلك ورضيت لم ترجع على الغريم.

٢٨٢ـ وَما مِنَ التَّوْكِيلِ لاثْنَيْنِ فَمَا زَادَ مِنَ المَمْنُوعِ عِنْدَ العُلَمَا

(**وما**) مبتدأ موصول (**من التوكيل**) يتعلق بالاستقرار صلة (**لاثنين**) يتعلق بالتوكيل (**فما**) معطوف على اثنين (**زاد**) صلة ما ومتعلقه محذوف أي عليهما (**من الممنوع**) خبر المبتدأ (**عند العلما**) يتعلق بالاستقرار في الخبر وهذا في الخصومة قال المتيطي: ولا يجوز لرجل ولا لامرأة أن يوكل في الخصام أكثر من وكيل واحد يريد إلا برضا الخصم (خ): وواحد في خصومة الخ: وأما في غيرها من بيع أو شراء أو تقاض ونحو ذلك فجائز ولكل الاستبداد. (خ): ولأحد الوكلين الاستبداد إلا لشرط وإن بعت وباع فالأول إلا لقبض.

(**وما**) هو (**من التوكيل لاثنين فما زاد**) كثلاثة فأكثر على مخاصمة واحد هو (**من الممنوع عند العلما**) للضرر. قال المتيطي: ولا يجوز لرجل ولا امرأة أن يوكل في الخصام أكثر من وكيل واحد اهـ. وأما في بيع أو شراء أو على خصومة أخرى فجائز. ثم اعلم أن الوكيل إما مفوض فيلزم إقراره أو غير مفوض فلا يخلو إما أن ينهاه الموكل عن الإقرار فلا يلزم ما أقر به بلا خلاف أو يجعله له، فيلزم على المشهور المعمول به، ولابن خويز منداد تحصيل مذهب مالك أنه لا يلزم أو يطلق الوكالة، فالمعروف من المذهب أنها لا تستلزم الإقرار ولو أقر لم يلزم، وعن مالك لزوم إقراره وعلى الأول فهي وكالة ناقصة للمطلوب إن يردها ولا يخاصمه حتى يجعل له الموكل الإقرار أو يفوض له، وإلى

٢٨٣ـ والنَّقْضُ لِلإِقْرَارِ والإِنْكَارِ مِنْ تَوْكِيلِ الاخْتِصَامِ بِالرَّدِّ قَمِنْ

(**والنقص**) مبتدأ (**للإقرار**) يتعلق به (**والإنكار**) معطوف عليه (**من توكيل**) يتعلق بالنقص أيضاً (**الاختصام**) مضاف إليه (**بالرد**) يتعلق بقوله (**قمن**) بفتح القاف وكسر الميم أي حقيق خبر المبتدأ، ومعناه أن من وكل على الخصام ولم يجعل له موكله في الوثيقة الإقرار والإنكار فإن التوكيل قمن بالرد حقيق به لما على المطلوب من الضرر في ذلك إذ قرار الوكيل حينئذ لا يلزم الموكل (خ): وليس له الإقرار إن لم يفوض أو يجعل له ولخصمه اضطراره إليه، وهذا ظاهر إذا امتنع من الحضور مع وكيله أيضاً، أما إذا قال لا أفوض ولا أجعل له الإقرار لئلا يرشيه الخصم ولكن أحضر مع الوكيل في المجلس أو قريباً منه لأقر بما يدعيه خصمي أو أنكره فإنه يجاب إلى ذلك كما في البيان، واقتصر عليه في الشامل فليس المراد أنها ناقصة مطلقاً كما هو ظاهر النظم، ولا سيما وقد أفتى ابن الشقاق بأنه لا يلزم بأن يجعل له الإقرار مخافة أن يرتشي الوكيل. نقله ابن رحال قال: وقد شاهدنا من ذلك من ارتشاء الوكلاء ما يعلمه الله اهـ. ومحل كونها ناقصة أيضاً إذا كان الوكيل مالكاً أمره أما إن كان صبياً أو مولى عليه أو وصياً أو مقدم قاض وكل بإذنه أو نائب بيت المال فإن وكالة هؤلاء لا تكون ناقصة بنقص الإقرار منها، بل إن جعلوا له الإقرار فأقر بشيء من معنى الخصومة فإنه لا يلزمهم إقراره كما في وكالات المعيار، وكذا الأب يوكل من يخاصم عن صغار ولده أو ناظر الأحباس يوكل من يخاصم عنها لأن أموال الأحباس كأموال الأيتام وإقرار الأب والوصي والناظر لا يجوز وهو في ذلك شاهد كما في البرزلي، وتقدم شيء من ذلك عند قوله: ومن أبى إقراراً أو إنكاراً الخ. نعم إن وكل الوصي ونحوه فيما تولاه من المعاملات لمحجوره فإقرار الوكيل حينئذ لازم للوصي ويكلف الوصي بأن يجعل لوكيله الإقرار حينئذ كما لابن رشد وغيره وفهم من قوله: الاختصام الخ. أنه إن كان مفوضاً إليه يلزم إقراره للموكل وإن لم يكن جعله له وظاهر النظم أنه لا بد من جعل الإقرار والإنكار أو الحضور، ولو كان الوكيل مولى عليه أو صبياً وهو كذلك على طريقة ابن رشد كما مرّ لأنه قال يلزمه من فعل الوكيل السفيه ما يلزمه من الوكيل الرشيد.

تنبيه: إذا وكلته في خصومة على حق فجحده المطلوب وحلفه الوكيل فليس لك أن تحلف المطلوب ثانياً كما في المتيطية وابن عرفة ونقله (ح) عند قوله أو يعين بنص أو قرينة الخ. ويريد

هذا أشار الناظم بقوله: (**والنقض للإقرار والإنكار من توكيل الاختصام بالرد قمن**) أي جدير يعني أن من وكل على الخصام ولم يجعل له موكله الإقرار بأن نهاه عنه أو أطلق، فهو توكيل ناقص للمطلوب أن يرده ولا يخاصم معه لما عليه من الضرر في ذلك. قال المتيطي: وهو المشهور المعمول به عند القضاة والحكام. وقال في البيان: نزلت فقضى فيها بأنه لا تقبل الوكالة إلا أن يحضر الموكل مع وكيله في وقت الحكم ليقر بما يوقف عليه خصمه أو يكون قريباً من مجلس القاضي، واحترز من توكيل الاختصام من توكيل التفويض للزوم الإقرار فيه كما مر (خ) وليس له الإقرار إن لم يفوض له أو يجعل له ولخصمه اضطراره إليه قال: وإن قال أقرّ عني بألف فإقرار أي بمجرد قوله ذلك دون توقف على نطق الوكيل به قال في المفيد: واتفق الفقهاء فيمن قال ما أقر به فلان علي فهو لازم لي أنه لا يلزمه.

أن تحليف الوكيل لا يسقط بينة الموكل، وإنما يسقط إعادة اليمين لأن الوكيل قد لا يكون له علم ببينة الموكل، وقد قال (خ) فإن نفاها واستحلفه فلا بينة إلا لعذر كنسيان الخ. وانظر لو كان الوكيل عالماً بها وحلفه على إسقاطها هل لا قيام للموكل بها لأن قول الوكيل قول موكله ويدل له ما في معاوضات المعيار عن سيدي مصباح في امرأة أنكر وكيلها أن تكون عقدت لابنها هبة في أملاكها، فلما ثبتت الهبة أظهر وكيلها عقد استرعاء مقدم التاريخ أنها غير ملتزمة لتلك الهبة إن صدرت منها أن إنكار الوكيل لعقد الهبة مسقط للقيام بالاسترعاء اهـ. أوله القيام لأنه لم يوكله على إسقاطها ويدل له ما يأتي في البيت بعده عن المدونة أن من وكل على الأخذ بالشفعة فأقر بإسقاطها وهو الذي في البرزلي عن أخوين ادعى أحدهما أن أباهما باع منه بعض الأملاك بكالىء أمه وأثبت ذلك وقال أخوه: إن ذلك كان توليجاً فقال: وكيل مدعي البيع من أين كان لأم موكله مالاً وما كانت أمه إلا أمة ثم تزوجها أبوهما فقال ابن حارث: أما الوثيقة فعقدها تام لإفساد فيه بوجه وإقرار الأب لابنه جائز، وأما ما تكلم به الوكيل فإنه لا يلزم موكله إذ كان منه على وجه الغلط والسقط وبعد هذا كله فإنه لم يوكله على تكذيبه، وإنما وكله على تصديقه وعلى طلب ما ادعى به قبل صاحبه، وإنما يجوز إقراره عليه فيما يحدث من الوجوه في الخصومة غير الوجه الذي هو الأصل فإن قوله: ومن أين كان لها مال ساقط عن موكله للوجهين المذكورين. وقال ابن زرب: عقد الوثيقة صحيح غير أن الوكيل قد لبس مقالته وصير الأمر عندي مشكلاً لا يظهر فيه شيء أتقلد الجواب به اهـ باختصار.

قلت: والظاهر في المسألة ما لابن حارث ومسألة المدونة شاهدة له، ويؤيده ما لابن الحاج فيمن وكل على الصلح والإقرار والإنكار فأقر المطلوب فثبت الحق فصالح الوكيل على ذلك بمثاقيل منجمة وأطلقه قال: لا يمضي الصلح ويجب على الوكيل غرم ما أقر به الغريم لتعديه بإطلاقه فتأمل ذلك. ولا سيما على ما يأتي في البيت بعده عن (ح) من أن من جعل لوكيله الإقرار إنما أراد الإقرار فيما هو من معنى الخصومة والله أعلم. وانظر ما مر عند قوله: ومنكر للخصم ما ادعاه الخ.

٢٨٤ـ وَحَيْثُ الإِقْرَارُ أَتَى بِمَعْزِلِ ... عَنِ الخِصَامِ فَهْوَ غَيْرُ مُعْمَلِ

(وحيث) ظرف مضمن معنى الشرط خافض لشرطه منصوب بجوابه **(الإقرار)** مبتدأ وجملة **(أتى)** خبره والجملة من المبتدأ والخبر في محل جر بإضافة حيث **(بمعزل)** حال من فاعل أتى جر بالباء الزائدة **(عن الخصام)** يتعلق بمعزل **(فهو)** مبتدأ **(غير)** خبره **(معمل)** بفتح الميم اسم مفعول مضاف إليه، والجملة جواب حيث والمعنى أن من وكل على الخصام في حق وجعل له فيه الإقرار والإنكار فأقر بشيء أجنبي من تلك الخصومة كإقراره أن موكله وهب داره لزيد أو لفلان عليه

(وحيث الإقرار) من الوكيل على خصومة جعل له الإقرار فيها **(أتى)** بما هو **(بمعزل عن الخصام)** الذي وكل عليه **(فهو غير معمل)** ولا يلزم الموكل منه شيء قال في الشامل: ويلزمه ما أقر به على الأصح إن كان من معنى الخصومة التي وكل عليها وإلا لم يقبل على الأصح ومثله لابن عرفة انظر الحطاب.

مائة ونحو ذلك فإقراره بذلك غير معمول به على الأصح عند ابن سهل وغيره خلافاً لفقهاء طليطلة حيث قالوا: يلزمه إقراره وإن لم يكن من معنى الخصومة، واستدل ابن سهل على تصحيحه بقولها: ومن وكل على الأخذ بالشفعة فأقر أن موكله قد أسقطها فهو شاهد لا مقر انظر نصها في (ح) قال ابن عرفة مضعفاً لاستدلاله بمسألة الشفعة ما نصه: لا يلزم من لغو إقرار الوكيل على الشفعة لغو إقرار من جعل له الإقرار لعدم صدق الأخذ بالشفعة على إقراره بإسقاطها وصدق مطلق الإقرار على الإقرار بالهبة اهـ. قال (خ) عقبه ما قاله ابن عرفة من ضعف الاستدلال بمسألة الشفعة هو الظاهر، لكن يؤخذ ذلك من أن الوكالة تخصص وتفيد بالعرف لأن من وكل على الخصام وجعل لوكيله الإقرار والإنكار إنما أراد الإقرار فيما هو من معنى الخصومة التي وكل فيها اهـ.

قلت: قد يرد تضعيف ابن عرفة للاستدلال بمسألة الشفعة بأن مطلق الإقرار الواقع أثر الخصومة إنما يرجع للوجوه الراجعة لها كالتفويض الواقع أثر المقيد على حسب ما مر عند قوله: وحيثما التفويض بالإطلاق الخ. ويدل له قول ابن حارث المار إنما يجوز إقراره فيما يحدث من الوجوه في الخصومة غير الوجه الذي هو الأصل الخ. إذ لا شك أن المقر بإسقاط الشفعة قد ذكر على أصل ما وكل فيه بالإبطال كما أنه في مسألة التنبيه المذكورة في البيت قبله قد ذكر على بينات أصل الحق الذي وكل على طلبه بالإسقاط والتكذيب مع أن الموكل لا نظر له في ذلك، فلو صح الإقرار بالهبة الخارج عن الخصومة كما يقتضيه بحث ابن عرفة لصح الإسقاط الخارج عن الأخذ بالشفعة، ومفهوم قول الناظم بمعزل عن الخصام أنه إذا لم يكن بمعزل عنه لصح الإقرار ولزم وهو كذلك على المعروف إذ هو فائدة رد الوكالة الناقصة عن الإقرار والإنكار كما مرّ في البيت قبله. قال ابن عات عن الكافي الذي به العمل أنه إذا جعل له الإقرار لزمه ما أقر به عند القاضي، وزعم ابن خويز منداد أن تحصيل مذهب مالك أنه لا يلزمه إقراره إذا لم يكن مفوضاً إليه قال: واتفق الفقهاء فيمن قال ما أقر به فلان علي فهو لازم لي أنه لا يلزمه اهـ. ابن عرفة: فظاهر ابن عبد السلام أن قول ابن خويز منداد اتفق الفقهاء الخ. خلاف المعروف من المذهب والأظهر أنه ليس بخلاف لأن مسألة المذهب نص فيها على توكيله على الإقرار عليه، ومسألة ابن خويز منداد إنما صدر منه أن ما أقر به فلان فهو لازم له فصار ذلك كقوله ما شهد به فلان علي فهو حق وهذا لا يلزمه ما شهد به اهـ.

قلت: وحاصل فرقه أن مسألة المذهب أذن له في الإقرار عنه بخلاف مسألة ابن خويز منداد فإنها محتملة للإذن وعدمه لأن ما في قوله: ما أقر به فلان الخ شرطية بدليل دخول الفاء في جوابها فصارت كقوله: ما شهد به فلان الخ. ويمكن أن يقرر الناظم بما يشمل مسألة ابن خويز منداد ومسألة الهبة ونحوها مما مر لأن الكل بمعزل عن الخصام والله أعلم.

تنبيه: قوله في المدونة فهو شاهد أي يحلف معه المشتري ويستحق، ومحله إذا قال: إن موكله أسقطها بعد التوكيل والموكل حاضر في البلد فإن كان غائباً غيبة يتهم على الانتفاع بالمال أو أقر أنه أسقطها قبل توكيله فإن شهادته ساقطة للتهمة في الأولى ولإقراره بأنه إنما توكل في باطل في الثانية قاله ابن فرحون في فصل التوكيل، وفي الباب الثاني والعشرين من تبصرته ما

نصه: وفي الطرر إذا قال الوكيل: قبض موكلي المال أي الذي وكلني على قبضه فإن قال قبضه بعد الوكالة لزم الإقرار، وإن قال قبضه قبل الوكالة فلا عبرة بإقراره ولا شهادته لأنه إنما توكل في باطل وانفسخت وكالته. وانظره مع ما في (ح) عن أشهب ومع ما في أوائل وكالات المعيار في وكيل رب الحق يقر أن الضامن للمال إنما كان ضمانه له بجعل وتأمل قول اللامية:

فما بعد توكيل فيلزمه وما قبيل وما نافى خصاماً نعم ولا

٢٨٥ـ وَمَنْ عَلَى خُصُومَةٍ مُعَيَّنَهْ تَوْكِيلُهُ فَالطُّولُ لَنْ يُوَهِّنَهْ

(ومن) اسم موصول مبتدأ **(على خصومة)** صلته **(معينه)** بفتح الياء صفة لخصومة **(توكيله)** فاعل بالمجرور ويجوز أن يكون توكيله مبتدأ خبره في المجرور قبله والجملة صلة من **(فالطول)** مبتدأ **(لن يوهنه)** بضم الياء وفتح الواو وكسر الهاء المشددة مضارع وهن المضعف وفاعله ضمير مستتر يعود على الطول وضميره البارز على التوكيل، والجملة خبر الطول وجملة الطول وخبره خبر من، ويجوز أن تكون من اسم شرط وتوكيله فاعل بفعل محذوف وجملة فالطول الخ جواب الشرط قاله اليزناسني، ومعناه أن من وكل على خصومة معينة كقبض إرث أو قبض دين أو على مخاصمة فلان فالطول فيما بين التوكيل والقيام به أو فيما بعد المناشبة وقبل التمام لا يضعف ذلك التوكيل ولا يبطله هذا ظاهره. البرزلي: إذا وكله على قضية معينة فلا تنقضي إلا بتمامها قاله بعض الموثقين اهـ. ونقله (ح) وظاهره كالناظم أنه لا يسأل الموكل هل هو باق على وكالته، وأما إن كان غائباً فالوكيل على وكالته وفهم منه أن المعينة إذا انقضت ليس له أن يخاصم في غيرها إلا بوكالة مستأنفة قال في اختصار المتيطية وإن كانت الوكالة مقيدة بخصومة فلان أو في شيء بعينه فلا بد من تجديد التوكيل لغير ذلك طال الأمر أم قصر اهـ. فعلم منه أنه لا يحتاج للتجديد في ذلك المعين، وإنما يحتاج للتجديد في غيره على ما يأتي تفصيله، وأشار إلى مفهوم معينة وهو إذا وكله على خصومة مبهمة فقال:

٢٨٦ـ وَإنْ يَكُنْ قُدِّمَ لِلْمُخَاصَمَهْ وَتَمَّ ما أرادَ مَعْ مَنْ خَاصَمَهْ

(وإن) شرط **(يكن)** فعله واسمه ضمير الوكيل **(قدم)** بالبناء للمفعول نائبه ضمير الوكيل أيضاً **(للمخاصمة)** يتعلق بقدم والجملة خبر يكن **(وتم)** ما مضى يتم **(ما)** موصول فاعله **(أراد)**

(ومن) موصولة **(على خصومة معينه)** خبر عن قوله **(توكليه)** والجملة صلة من **(فالطول)** فيما بين التوكيل والقيام به أو فيما بعد المناشبة وقبل التمام **(لن يوهنه)** أي لا يضعف الطول ذلك التوكيل ولا يبطله غير أنه يسأل الموكل إن كان حاضراً أهو على وكالته فقد قال سحنون: فيمن وكل على خصومة فلم يقم الوكيل بذلك إلا بعد سنين أنشب الخصومة قبل ذلك أو لم يتعرض لشيء، ثم قام يطلب بيلك الوكالة القديمة فقال: يسأل أهو على وكالته أو خلعه، فإن كان غائباً فالوكيل على وكالته اهـ. ومثله في النوادر عن كتاب ابنه قال ابن سهل: ورأيت بعض أشياخنا يستكثر إمساكه عن الخصومة ستة أشهر ونحوها ويرى تجديد الوكالة إذا أراد الخصومة اهـ.

(وإن يكن قدم للمخاصمة وتم) أي انقضى **(ما أراد)**ه من تلك المخاصمة **(مع من خاصمه وارم)** بعد تمامها **(أن ينشيء)** خصومة **(أخرى)** مع الخصم الأول أو مع غيره **(فله ذاك)** بشرطين

صلته وفاعله ضمير الوكيل والرابط بينه وبين الموصول محذوف **(مع)** بسكون العين لغة في مع يتعلق بأراد **(من)** مضاف إليه **(خاصمه)** صلة من وضميره المستتر هو الرابط والبارز للوكيل، ويجوز العكس والجملة من تم وما بعده معطوفة على قدم وكذا جملة قوله.

٢٨٧ـ ورامَ أنْ يُنْشِىءَ أُخْرَىٰ فَلَهُ ... ذَاكَ إذَا أطْلَقَ مَنْ وَكَّلَهُ

(ورام) وفاعله ضمير الوكيل أيضاً **(أن ينشىء)** في تأويل مصدر مفعوله **(أخرى)** مفعول بقوله ينشىء على حذف الموصوف أي خصومة أخرى **(فله)** خبر عن قوله **(ذاك)** والإشارة للإنشاء والجملة جواب الشرط **(إذا)** ظرف خافض لشرطه منصوب بجوابه **(أطلق من)** موصول فاعل أطلق **(وكله)** صلة من والرابط الضمير المستتر والبارز للوكيل والجملة في محل جر بإضافة إذا

٢٨٨ـ وَلَمْ يَجُز عَلَيْهِ نِصْفُ عَامِ ... مِنْ زَمَنِ التَّوْكِيلِ لِلْخِصَامِ

(ولم يجز عليه نصف) فاعل بيجز **(عام)** مضاف إليه **(من زمن)** يتعلق بيجز **(التوكيل)** مضاف إليه **(للخصام)** يتعلق بيجز أيضاً أي لم يجز من زمن التوكيل إلى وقت إرادة إنشاء الخصام نصف عام، ومعناه أنه إذا وكله على خصومة مبهمة أي لم يذكر فيها مخاصمة فلان أو في أمر كذا

أحدهما **(إذا أطلق من وكله)** أن يوكله على الخصام دون تقييده بخصومة معينة، والثاني إذا قرب ما بين التوكيل والخصومة الثانية وهو قوله: **(ولم يجز عليه نصف عام من زمن التوكيل للخصام)** كان حقه أن يقول من انقضاء ذلك الخصام الأول قال في المقصد المحمود: وإذا كانت الوكالة مبهمة فللوكيل أن يخاصم عنه في قضية أخرس بحدثان انقضاء الأولى وليس ذلك له في قضية مفسرة بمطالبة فلان ولا في المبهمة إذا طال الزمان نحو الستة أشهر، وأما إذا اتصل الخصام فيها فله التكلم عنه وإن طال الأمد اهـ. فالطول مع اتصال الخصام غير مضر مطلقاً والطول قبل الخصومة أو في أثنائها. فيه قولان، وظاهر ابن سهل وابن عرفة وابن غازي في التكميل والزقاق في لاميته أن القولين كانت الخصومة معينة أو لا. ونقل الحطاب عن بعضهم تخصيصها بالمعينة وإلا فهي على صحتها. وأما الناظم فاقتصر في المعينة على الصحة، وفي غيرها على البطلان. ونص ابن غازي فرعان الأول قال ابن سهل: رأيت بعض شيوخنا يستكثر إمساكه عن الخصومة ستة أشهر ونحوها، ويرى تجديد الوكالة إن أراد الخصومة وقال حبيب بن نصر: سألت سحنوناً عمن وكل على مخاصمة رجل فلم يقم الوكيل بذلك إلا بعد سنتين أنشب الخصومة أو لم ينشبها حتى مرت السنتان ثم، قام يطلب بتلك الوكالة القديمة أله ذلك أو يجدد الوكالة؟ قال: يبعث الحاكم إلى الموكل يسأله أهو على الوكالة أو خلعه؟ فإن كان غائباً فالوكيل على وكالته. ابن عرفة: وعلى الأول جرى المتيطي إذ قال في الوكالة على الإنكاح إن سقط من الرسم دائمة مستمرة وطال أمد التوكيل ستة أشهر سقطت إلا بتوكيل ثان. قال ابن فتوح: إن خاصم واتصل خصامه سنتين لم يحتج لتجديد توكيل، ونقله في نوازل ابن سهل عن سحنون، ومثله في النوادر عن كتاب ابنه، وقد أغفله ابن عرفة: اهـ. وقال ابن عرفة في الانعزال: بطول مدة التوكيل ستة أشهر وبقائه. قول ابن سهل عن بعض شيوخه مع المتيطي ونقله عن سحنون اهـ.

كما في النهاية، بل قال: وكلتك على المخاصمة عني من غير تعيين خصومة بعينها أو على مخاصمة خصمي كما في (ح) عن الذخيرة، ويظهر أنها على مخاصمة من كان كذلك فخاصم الوكيل بعض الناس وتمّ خصامه ثم أراد أن ينشىء خصومة أخرى مع الأول أو مع غيره، فله ذلك بشرطين: أحدهما إذا أطلق الموكل في وكالته كما مرّ والثاني أن لا يجوز عليه نصف عام من الفراغ من الأولى لإنشاء الثانية ثم إن الصواب حذف الشرط الأول لأنه الموضوع فقوله: وإن يكن قدم للمخاصمة. أي: لمطلق المخاصمة لأنه قسيم قوله: ومن على خصومة معينة الخ. والصواب أيضاً أن يقول: من زمن الفراغ للخصام كما قررنا قال في المتيطية: وإذا وكله عن الخصام فخاصم عنه وانقضت تلك الخصومة، فإن كانت الوكالة مطلقة وأراد أن يخاصم عنه بقرب انقضاء الأولى بالأيام أو اتصل بعض ذلك ببعض وتطاول سنين لم يحتج إلى تجديد، وإن كان بين المطلبين الأشهر يعني ستة أشهر فعليه التجديد، وكذا إن لم يخاصم عنه في أول التوكيل أو قربه حتى مضت الأشهر فيستحب التجديد ثم قال: وإن كانت مقيدة بمخاصمة فلان إلى آخر ما مرّ عنه قبل هذه الأبيات ثم قال: ولو قيد الوكالة بالدوام والاستمرار دامت أبداً ما لم يعزله اهـ باختصار. وقد قال في المقصد المحمود: وإن كانت الوكالة مبهمة فللوكيل أن يخاصم عنه في قضية أخرى بحدثان انقضاء الأولى وليس له ذلك في قضية مفسرة بمطالبة فلان ولا في المبهمة إذا طال الزمان نحو الستة أشهر، وأما إذا اتصل الخصام فله التكلم عنه، وإن طال الأمد فقوله: وأما إذا اتصل الخصام الخ هو عين قوله بحدثان انقضاء الأولى الخ. إلا أنه هناك فصل بالأيام كما مرّ عن المتيطي، وهنا لم يفصل بشيء، ويحتمل أن يكون مراده بالاتصال إنشاب الخصومة وابتداؤها في المبهمة مع بعض الناس ثم أمسك ستة أشهر وقام لإتمامها مع ذلك البعض، ولكني لم أقف الآن على نص صريح فيه إلا ما يفهم من قول المتيطية المتقدم، وكذلك إن لم يخاصم عنه في أول التوكيل الخ. وتأمله مع قول المجالس المكناسية الذي به العمل تجديد التوكيل بعد ستة أشهر. هذا إذا كانت فترة في خلل العمل، وأما إن اتصل خصامه فلا ينسخه الزمان اهـ.
وقوله: وليس له ذلك في قضية مفسرة الخ. أي ليس له أن يحدث خصومة أخرى بعد الفراغ من الخصومة المعينة كما مرّ، ويفهم منه أن المعينة لا تبطل إلا بالفراغ منها، فهذا مع ما مر عن المتيطي والبرزلي هناك شاهد على قول الناظم؛ ومن على خصومة معينة الخ والله أعلم. والحاصل أنه إذا أسقط من الوثيقة الدوام والاستمرار ولم يتصل الخصام ولا كان بالحدثان ولم تكن الخصومة معينة، فلا بد من التجديد على ما في النظم والمتيطية وغيرهما وإن وجد واحد مما مر فلا تجديد ولا فرق بين المفوض إليه وغيره كما في القوانين، وأفتى ابن مرزوق بقول سحنون إنها لا تحتاج إلى التجديد مطلقاً. وظاهر نقل ابن عرفة والمتيطية وصاحب اللامية أن خلاف سحنون جار سواء كانت الخصومة معينة أم لا. اتصل الخصام أم لا. إلا أنه يسأل الموكل إن كان حاضراً أهو على وكالته. وظاهر نقل ابن سهل أن سحنوناً إنما قال بعدم التجديد في المعينة لأنه قال: وسئل سحنون عمن وكل على مخاصمة رجل فلم يقم الوكيل إلا بعد سنين الخ. ففرض السؤال في مخاصمة رجل، وظاهره أنه معين وعليه فقول سحنون ليس بمخالف للقول بالتجديد لاختلاف الموضوع وهو ظاهر النظم لأنه اقتصر في المعينة على عدم التجديد وفي غيرها على التجديد ولم يذكر في ذلك الخلاف الذي ذكروه، فلعله فهم أن المراد برجل في السؤال رجل

معين كما هو الظاهر لا أن المراد به الجنس كما فهموه فجعلوه مقابلاً.

تنبيه: تقدم عن النهاية أن المعينة هي التي قيدت بمخاصمة فلان أو كانت في شيء بعينه وأن المبهمة هي التي سقط منها ذلك، وذلك يقتضي أنه إذا قال: وكلته على قبض ديني أو إرثي ولم يعين ممن أنها من المعينة، وقولها في النكاح في توكيل الأب رجلاً على إنكاح ابنته ممن يراه من شاكلة لها وبما يرى من الصداق وأنه إن سقط منه دائمة مستمرة لم يعقد عليها بعد مضي ستة أشهر إلا بتوكيل ثان الخ. يقتضي أن ذلك ليس من المعينة وإلاَّ لم يحتج إلى التجديد فتأمله، ويقتضي أيضاً أن التجديد بعد مضي ستة أشهر لا يختص بوكالة الخصام بل كذلك الوكالة على النكاح والبيع ونحوهما وهو كذلك كما في القوانين وغيرها وهو ظاهر قول ناظم العمل:

وبعد ستة من الشهور قد جددوا وكالة الأمور

٢٨٩ـ وَمَوْتُ مَنْ وَكَّلَ أَوْ وكيلِ يُبطِلُ مَا كانَ مِنَ التَّوْكِيلِ

(وموت) مبتدأ **(من)** موصول مضاف إليه **(وكّل)** بفتح الكاف مشددة مبني للفاعل صلة **(أو وكيل)** معطوف على الموصول **(يبطل)** بضم الياء وكسر الطاء مضارع أبطل وفاعله ضمير يعود على المبتدأ والجملة خبره **(ما)** مفعوله **(كان)** صلة ما وهي تامة بمعنى وجد **(من التوكيل)** بيان لما ومعناه أن موت الموكل أو الوكيل يبطل التوكيل الذي وجد من الموكل وعزل الموكل للوكيل كموته إن أشهد به وأعلنه عند الحاكم، ولم يفرط في إعلامه فإن اختل واحد من الثلاثة لم ينفعه عزله على القول بانعزاله بعزله وإن لم يعلم به، وأما على القول بأنه لا ينعزل إلا إن علم فلا ينعزل قبله وإن أشهد وأعلنه وهو معنى قول (خ) وفي عزله بعزله ولم يعلم خلاف الخ. وظاهر النظم أنه يبطل بموت الوكيل ولو قال وارثه: أنا أقوم مقامه وكانت بأجرة وهو كذلك لأنها ليست بحق تورث ولأن الوكيل يستوفي منه المنفعة فتنفسخ الإجارة بموته، وظاهره أيضاً أن التوكيل يبطل بموت الموكل ولو كان الوكيل مفوضاً إليه وله وكيل آخر تحته أو وكيل خصومة فيبطل الجميع وهو كذلك لانتقال الحق للغير وهم الورثة فلا يمضي عليهم شيء من تصرفاته إلا أن يكون غير عالم بموته أو يشرف وكيل الخصومة على تمامها بحيث لو أراد عزله لم يكن له ذلك

(وموت من وكل) بفتح الكاف وهو الموكل **(أو وكيل يبطل ما كان من التوكيل)** أما بطلان الوكالة بموت الوكيل فلأنها ليست بحق تورث عنه حتى يقول وارثه: أنا أقوم مقامه وأما بطلانها بموت الموكل فلانتقال الحق لغيره وهم الورثة فليس للوكيل أن يتصرف لهم بغير إذنهم فإن فعل فلهم رده إلا أن يكون غير عالم. قال مالك، فيمن له وكيل ببلد يجهز المتاع وما باع أو اشترى بعد موت الآمر ولم يعلم بموته؛ فهو لازم للورثة وما باع أو اشترى بعد علمه بموته لم يلزمهم لأن وكالته لم تلزمهم لأن وكالته انفسخت، ثم قال: إلا أن يموت عندما أشرف الوكيل على تمام الخصومة وبحيث لو أراد الوكيل فسخ وكالته ويخاصم هو أو يوكل غيره لم يكن له ذلك. قال: وما كان من يمين يحلفها الآخر حلفها الورثة إن كان فيهم من يعلم ذلك اهـ. وشمل عموم قوله: ما كان من التوكل ما إذا كان للوكيل وكيل، ثم مات الموكل فإنه ينعزل الجميع فأغنى عن قوله: والعزل للوكيل. البيت.

على ما يأتي في قوله: وما لمن حضر في الجدال الخ. قاله في المدونة وما قررناه به من أن محل البطلان بموت الموكل إن علم الوكيل وإلا فلا هو أحد التأويلين وهو الراجح (خ): وانعزل بموت موكله إن علم وإلا فتأويلان ومحلهما إذا كان من باع منه الوكيل أو ابتاع حاضراً ببلد موته وإلا اتفق التأويلان على عدم البطلان قاله الزرقاني.

٢٩٠ـ وَلَيْسَ مَنْ وَكَّلَهُ مُوَكَّلُ بِمَوْتِ مَنْ وَكَّلَهُ يَنْعَزِلُ

(وليس) فعل ناقص (من) موصول وهي واقعة على الوكيل الثاني **(وكله)** صلتها والرابط الضمير البارز **(موكل)** بفتح الكاف فاعل وكله، والمراد به الوكيل الأول **(بموت)** يتعلق بينعزل آخر البيت (من) موصول مضاف إليه **(وكله)** صلته وجملة **(ينعزل)** ومتعلقه خبر ليس ومعناه أن وكيل الوكيل لا ينعزل بموت الوكيل الأول ولا بعزله لأنه لما كان توكيله بإذن من رب المال إما بالصراحة أو بالتفويض على ما للناظم في قوله: وذا له تقديم من يراه الخ. على ما به العمل كما لابن ناجي أو بالعرف ككونه لا يليق به أو يكثر كما مرّ صار هذا الثاني وكيلاً له فلا ينعزل بموت الأول ولا بعزله بمثابة من وكل شخصين فلا ينعزل أحدهما بموت الآخر ولا بعزله. نعم للوكيل الأول عزل وكيله كما نص عليه غير واحد من شراح المتن.

٢٩١ـ والعَزْلُ لِلْوَكِيلِ وَالْمُوَكَّلِ مِنْهُ يَحِقُّ بِوَفَاةِ الأَوَّلِ

(والعزل) مبتدأ **(للوكيل)** يتعلق به **(والموكّل)** بفتح الكاف المشددة معطوف على المجرور **(منه)** يتعلق بالموكل **(يحق)** بفتح الياء وكسر الحاء بمعنى يجب خبر المبتدأ **(بوفاة)** يتعلق به **(الأول)** مضاف إليه، والمعنى أن الوكيل الأول والثاني وهو المراد بالموكل منه ينعزلان بموت الأول الذي هو رب المال، وهذا البيت مستغنى عنه بعموم قوله فيما مر: يبطل ما كان من التوكيل. وكما ينعزلان بموته ينعزلان أيضاً بفلسه لانتقال الحق للغرماء، فلا يلزمهم ما باع أو ابتاع إن علم على المشهور، وكذا ينعزلان بطول جنونه جداً بحيث يفتقر معه إلى نظر القاضي في ماله وكذا ينعزلان بردته ولو بعد أيام الاستتابة حيث لم يقتل لمانع كحمل ونحوه، وأما ردة الوكيل فلا توجب عزله وكذا الطلاق فإنه لا يوجب عزل الزوجة الوكيلة عن زوجها إلا أن يعلم أنه لا يرضى بتصرفها بعد انقطاع ما بينهما، واستظهر ابن عرفة أن الزوج إذا كان وكيلاً لزوجته وجب انعزاله بطلاقها.

٢٩٢ـ وَمَا لِمَنْ حَضَرَ فِي الْجِدَالِ ثَلاثَ مَرَّاتٍ مِنَ انْعِزَالِ

(وما) نافية **(لمن)** موصولة واقعة على الوكيل تتعلق بالاستقرار في الخبر عن المبتدأ بعدها (حضر) صلتها **(للجدال)** يتعلق بالصلة **(ثلاث)** نائب عن المفعول المطلق **(مرات)** مضاف إليه

(وليس من وكله موكل) بفتح الكاف أي وكيل **(بموت)** ولا بعزل **(من وكله)** وهوالوكيل الأول **(ينعزل)** أي لا ينعزل الوكيل الثاني بموت الأول لأنه لما كان توكيله بإذن من رب المال صار وكيلاً له فلا ينعزل بموت الأول ولا بعزله. **(والعزل للوكيل والموكل)** بالفتح **(منه)** أي من ذلك الوكيل **(يحق بوفاة الأول)** وهو رب المال **(وما لمن)** أي ليس للوكيل الذي قاعد خصمه **(وحضر في الجدال ثلاث مرات)** ولو في يوم واحد **(من انعزال)** أي ليس للموكل أن يعزله ولا له هو حينئذ أن

والأصل حضوراً ثلاث مرات فحذف المصدر وناب عنه عدده كقوله تعالى: ﴿فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾ [النور: ٤] أي جلداً ثمانين (من) زائدة (انعزال) مبتدأ خبره في المجرور المتقدم.

٢٩٣ـ إلاَّ لِعُذْرِ مَرَضٍ أَوْ لِسَفَرْ ومِثْلُهُ مُوَكِّلٌ ذَاكَ حَضَرْ

(إلا) استثناء (لعذر) يتعلق بالاستقرار في الخبر المتقدم على أنه بدل من مقدر، والعامل في البدل هو العامل في المبدل منه أي: وما انعزال ثابت للحاضر للجدال لوجه من الوجوه إلا لعذر (مرض) مضاف إليه (أو لسفر) معطوف على مرض واللام زائدة، ويحتمل أن يعطف على لعذر فليست زائدة ومعناه أنه لا انعزال للوكيل الذي حضر للجدال أي قاعد خصمه ثلاث مرات ولو في يوم واحد سواء عزله الموكل أو عزل هو نفسه لتعلق حق الخصم بخصومته إلا لعذر من مرض ظاهر أو سفر، وعليه في السفر اليمين أنه ما استعمله ليوكل، وكذا عليه أن يحلف في المرض الخفي فإن نكل لم يجز له العزل، ولعل الوكيل إنما وجبت عليه اليمين ليسقط حق الخصم الذي يتعلق بعينه لا لينتفع الموكل إذ لا يحلف الإنسان لينتفع غيره، ومثل المرض ظهور تفريطه من قلة قيامه بأمر الخصام أو يظهر ميله للخصم أو مسامحته في الحق فله عزله حينئذ ويوكل غيره أو يخاصم بنفسه قاله اللخمي وغيره. وحكى بعضهم عليه الاتفاق ولو كانت الوكالة بأجرة فظهر غشه ونحو ذلك مما مرّ كان عيباً وله أن يفسخ الوكالة وقولهم: يحلف في المرض الخفي كما في (ز) يقتضي أنه يحلف في هذه الأمور وإن ادعاها ولم تظهر، وفي اختصار المتيطية ما يقتضي أنه لا بد من إثبات ذلك لأنه قال: فإن ظهر من الوكيل تفريط أو ميل مع خصمه أو غش ليبطل بذلك حق موكله أو مرض فللموكل عزله إذا ثبت ذلك اهـ. وكذا لا سبيل للعزل إذا تعلق للوكيل حق بالوكالة كأجرة ونحوها أو كان الحق لأجنبي، وقد ذكر في اللامية جملة من ذلك فانظرها إن شئت. (ومثله) خبر عن قوله (موكل) بكسر الكاف المشددة وسوغ الابتداء به وصفه بالجملة وهي قوله: (ذاك) مفعول بقوله: (حضر) والمعنى أن الموكل إذا جادل خصمه ثلاث مرات فليس له أن يتخلى عن الخصام إلا لعذر من مرض أو سفر، ومن ذلك أن يشتمه خصمه فيحلف أن لا يخاصمه بنفسه كما في التبصرة. قال ابن الفخار: فإن حلف أن لا يخاصمه دون عذر يوجب اليمين لم يكن له أن يوكل إلا برضا خصمه أو لعذر من سفر ونحوه. ومفهوم ثلاث مرات أنه إن جادله أقل منها ولم يتجه الحكم فله عزله وهو كذلك إن شهد به وأعلنه ولم يفرط في إعلامه بأن ترك إعلامه لبعده كما في (ح) وهذا على أحد قولين. تقدما عند قوله: وموت من وكل أو وكيل الخ. وقولي ولم يتجه الحكم الخ احترازاً مما إذا اتجه فلا عزل، ولو قال حينئذ: إن وكيله جهل ما يخاصم به وإن حجته غير ما احتج به عنه ولم يعلم بما خاصم به عنه أو كان غائباً لم يقبل منه ذلك ولا يكون عذراً في عزله ولا دفع الحكم عنه إلا لوجه يدل على

يتخلى عن الوكالة ويعزل نفسه (إلا لعذر مرض أو لسفر) قال ابن العطار: ويلزمه في السفر اليمين أنه ما استعمل السفر ليوكل، فإن نكل لم يبح له التوكيل إلا أن يشاء خصمه، وقال ابن الفخار: لا يمين عليه (ومثله) أي مثل الوكيل في امتناع تأخيره عن الخصام وتقديم غيره له (موكل ذاك حضر) أي حضر الجدال ثلاث مرات ثم أراد توكيل غيره، فليس له ذلك إلا برضا خصمه (ومن له

صدقه في ذلك، وكذا لو خاصم الموكل بنفسه وزعم أنه غلط أو بقيت له حجة كما في البرزلي والشامل.

٢٩٤ـ ومَنْ لَهُ مُوَكِّلٌ وعَزَلَهْ … لِخَصْمِهِ إنْ شَاءَ أنْ يُوَكِّلَهْ

(ومن) مبتدأ موصول **(له)** خبر عن قوله **(موكل)** بفتح الكاف المشددة والجملة صلة وجملة قوله: **(عزله)** حالية مقدرة معها قد **(لخصمه)** خبر مقدم **(إن شاء)** شرط جوابه محذوف للدلالة عليه **(أن يوكله)** في تأويل مصدر مبتدأ مؤخر والجملة خبر المبتدأ الأول، والرابط الضمير في لخصمه، والمعنى أن من كان له وكيل في خصومة وقد عزله حيث يسوغ له عزله أو يرضي خصمه فإن لخصمه أن يوكل ذلك الوكيل في تلك الخصومة إن شاء أو في غيرها ولا حجة للأول في أنه اطلع عليه عوراته ووجوه خصوماته قاله في الاستغناء؛ واقتصر عليه ابن سلمون وابن فرحون في تبصرته، وله أي لابن فرحون في شرح ابن الحاجب ينبغي أن لا يمكن من توكيله لأنه صار كعدوه اهـ نقله (ح).

٢٩٥ـ وكُلُّ مَنْ عَلَى مَبِيعٍ وُكِّلا … كانَ لَهُ القَبْضُ إذَا مَا أُغْفِلا

(وكل) مبتدأ **(من)** موصول مضاف إليه واقع على الوكيل **(على مبيع)** يتعلق بقوله **(وكلا)** بالبناء للمفعول، والجملة صلة **(كان)** فعل ناقص **(له)** خبرها واللام بمعنى على **(القبض)** اسمها **(إذا)** ظرف مضمن معنى الشرط خافض لشرطه منصوب بجوابه **(ما)** زائدة **(أغفلا)** بالبناء للمفعول ونائبه ضمير القبض، والجواب محذوف للدلالة عليه، ومعناه أن من وكل على بيع مبيع فباعه فإن عليه أن يقبض ثمنه إذا أغفل الموكل قبض الثمن أي سكت عنه لأنه كما عليه تسليم المبيع عليه قبض ثمنه، وإن وكل على الشراء فعليه قبض السلعة أيضاً فإن لم يفعل حتى تعذر القبض ضمن فيهما وهذا ما لم يبعه لأجل بنص من الموكل وإلاّ فلا يقبضه إلا بتوكيل مستأنف (خ): وتخصص وتقيد بالعرف فلا يعده إلا على بيع فله طلب الثمن وقبضه أو اشتراه فله قبض المبيع ورد المعيب إن لم يعينه موكله الخ. ومفهوم أغفلا أنه إذا نص له على القبض أو على عمله فإن يعمل على ذلك فيقبضه في الأول دون الثاني فإن تعدى وقبضه في الثاني ضمن ولا ضمان على المشتري إن لم يعلم بالنهي، وكان العرف دفع الثمن للوكيل فيما يظهر، وظاهر النظم أن

موكل) بالفتح **(وعزله)** حيث يسوغ له عزله أو رضي الخصم **(لخصمه إن شاء أن يوكله)** على من كان وكيلاً له لا حجة له أنه اطلع على عوراته ووجوه خصوماته. قال في الاستغناء: وجزم به ابن فرحون في تبصرته، وزاد في شرحه لابن الحاجب، وينبغي أن لا يمكن من الوكالة لأنه صار كعدوه ولا يوكل عدو على عدوه قاله الحطاب. **(وكل من له على مبيع وكلا)** أي كل من وكل على بيع لشيء **(كان له القبض)** أي قبض ثمنه **(إذا ما)** زائدة **(أغفلا)** أي سكت عن قبض الثمن كما له ذلك إذا نص عليه لأنه العرف، وكذلك من وكل على الشراء له قبض المبيع فإن لم يفعل حتى تعذر القبض ضمن فيهما، ومفهوم أغفل أنه إذا نص على عدم القبض لم يكن للوكيل أن يقبض الثمن ولا المبيع، ومثله ما جرت العادة فيه بأن الوكيل يعقد البيع فقط والموكل هو الذي يقبض ثمنه كما في بيع الأصول والأشياء الرفيعة الثمن لم يكن للوكيل قبض.

عليه القبض جرى عرف به أو بعدمه أو لا عرف أصلاً وهو كذلك في الطرفين دون الواسطة فإنه جرى بعدمه كبيع الدور والعقار فلا قبض عليه كما لأبي عمران. ولا يبرأ المشتري بالدفع إليه، ويدل عليه الاستثناء في كلام (خ)، إذ ما بعد الاستثناء هو ما إذا لم يكن عرف أصلاً، وكذا يدل عليه قول الشامل وله أي الوكيل قبض ثمن ما وكل في بيعه إلا لعادة أو بعدم قبضه ونحوه لابن فرحون في تبصرته، وما مر من أن وكيل الشراء عليه قبض السلعة محله إذا لم يصرح الوكيل للبائع بأن نقد الثمن على موكله، وإلاَّ فلا. لأنه حينئذ لا يجب عليه دفع الثمن فلا يجب عليه قبض المثمن كما في ابن عرفة. ومفهوم قوله على مبيع أن من وكل على النكاح ليس عليه قبض الصداق لأنه لا يسلم المبيع أي البضع ولا يبرأ الزوج بالدفع إليه وهو كذلك كما يأتي إن شاء الله.

تنبيه: إذا سلم الوكيل السلعة المبيعة أو دفع الثمن في الشراء ولم يشهد، فأنكر البائع أو المشتري ضمن لتفريطه بعدم الإشهاد، وسواء كان مفوضاً إليه أم لا جرى عرف بترك الإشهاد أم لا، على المشهور. وتقدم شيء من ذلك عند قوله: وليس يمضي غير ما فيه نظر الخ.

٢٩٦ـ وغَائِبٌ يَنُوبُ فِي القِيَامِ ... عَنْهُ أبٌ وابْنٌ وفِي الخِصَامِ

(وغائب) مبتدأ وسوغه العموم أو كونه صفة لمحذوف وجملة: **(ينوب في القيام عنه أب وابن)** خبره **(وفي الخصام)** معطوف على في القيام والمجرورات الثلاث تتعلق بينوب وأب وابن فاعل به، ومعناه أن الشخص الغائب إذا تسور عليه في عقاره أو أحدث عليه ضرر في ملكه أو أخذ شيء من ماله كدابة ونحوها فإنه يجوز لأبيه أو ابنه أن يقوم عنه فيثبت حقه بالبينة ويخاصم عنه فيأخذ النسخ ويعطيها بغير وكالة، فإن آل الأمر إلى عجز المطلوب أشهد القاضي بما ثبت عنده ولا ينزع الشيء من يده، وإن آل الأمر إلى عجز القائم فلا تنقطع حجة الغائب كما مرّ في باب القضاء. قال في المعين: وإذا قلنا بجواز المخاصمة عن الغائب فإلى أين تنتهي؟ قال بعض الموثقين: يسمع القاضي البينة ويشهد على ثبوتها عنده، ولا يخرج المدعى فيه من يد المطلوب إن ادعاه لنفسه ولا يقطع ما أحدث عليه من الضرر والعيب إذ لعل المطلوب إذا قدم لم يمنعه إلا أنه إذا أقر المطلوب بما في يده للغائب أخرجه من يده وأوقفه حيث يراه اهـ. ونحوه في المتيطية وغيرها، وظاهر النظم أنه لا فرق بين قرب الغيبة وبعدها وهو أحد قولين، وظاهره أيضاً أنه لا فرق بين الديون وغيرها، وهو كذلك كما في نوازل المديان ونوازل الشهادات من البرزلي وابن الحاج، ويبقى الدين بذمة الغريم إلا أن يخشى فقره أو سفره وظاهره أيضاً أن غير الأب

(و) شخص **(غائب)** ظهر له حق كعبد سرق له أو دابة أو أخذ شيء من ماله أو أحدث عليه ضرر فأراد شخص أن يخاصم له وينوب عنه من غير توكيل منه هل له ذلك أم لا؟ في المسألة خمسة أقوال. اقتصر الناظم منها على أن قال: **(ينوب في القيام عنه)** بحقه قريب القرابة وهو **(أب وابن)** لا غيرهما. هذا ظاهره. وفي التوضيح الأب والابن ومن له قرابة قريبة **(وفي الخصام)** عطف على القيام قال في التوضيح: ثم إذا مكن من الخصام لم يخرج الملك من يد حائزه، وإنما يشهد عليه خوف موت الشهود ما لم يقرّ من بيده العقار أنه للغائب فيخرج عنه ويجعل بيد ثقة، وثاني الأقوال: إنه يمكن من ذلك القريب والأجنبي قاله ابن القاسم، وذهب سحنون وأصبغ إلى أن القاضي يوكل

والابن لا يمكن ولو كان قريب القرابة كالأخ ونحوه، وهو الذي في (ق) وأحد الأقوال الخمسة التي في (ح) وغيره عن ابن رشد عند قول (خ) وفي تمكين الدعوى لغائب بلا وكالة تردد الخ. والذي في نقل ضيح أنه على هذا القول يمكن الابن والأب وقريب القرابة، ولعل المراد بقريب القرابة الأخ كما صرح به في الكراس الرابع من معاوضات المعيار عن اليزناسني قائلاً الذي مضى به عمل الموثقين أنه لا يباح ذلك إلا للوالد أو الولدة أو الأخ من جميع الجهات ثم قال: وقد ذكر ابن رشد في ذلك خمسة أقوال يمكن الأب والابن يمكن كل قائم وإن أجنبياً قاله ابن القاسم، وسحنون يمكن الولي من إقامة البينة لا من الخصومة لا يمكن من واحد منهما يمكن كل قائم فيما يخشى فواته كالعبد والدابة والثوب لا فيما لا يفوت كالدين وغيره إلا الأب والابن قال: وما ذكرناه عن الموثقين هو الذي يجب به العمل إن شاء الله اهـ. وبأدنى تأمل تعلم أن القولين الأولين والخامس متفقة على تمكين الأب والابن وعلى هذه الفتوى عول ناظم العمل حيث قال:

وفي عقار غائب يحتسب قيامه أخ أو ابن أو أب

والظاهر أن المراد بالأب والابن في النظم الجنس فيشمل الجد وإن علا والابن وإن سفل.

٢٩٧ـ وَجَائِزٌ إِثْبَاتُ غَيْرِ الأَجْنَبِي لِمَنْ يَغِيبُ وَاخْتِصَامُهُ أُبِي

(**وجائز**) خبر مقدم (**إثبات**) مبتدأ (**غير الأجنبي**) مجروران بالإضافة (**لمن**) يتعلق بإثبات (**يغيب**) صلة من وهو بمعنى غاب فأوقع المضارع موقع الماضي (**واختصامه**) مبتدأ وجملة (**أبي**) مبني للمفعول بمعنى منع خبره ومعناه أن غير الأب والابن من باقي القرابة يمكن من إثبات حقوق الغائب عند القاضي خشية ضياعها بموت الشهود أو طرو فسق ولا يمكن من الخصومة بأخذ النسخ وإعطائها، وكأن الناظم رحمه الله ترجح عنده من تلك الأقوال الخمسة الأول والثالث فاقتصر في الابن والأب على القيام والخصام وفي غيرهما من باقي القرابة على القيام فقط ولم يذكر لذلك مقابلاً ووجه ترجيح الأول ظاهر مما مرّ ووجه ترجيح الثالث أنه لا مضرة على المطلوب ولا على الغائب في إثبات ذلك بل ذلك من حفظ مال الغير الذي يجب على الناس

من ينوب عن الغائب. وثالثها: يمكن من إقامة البينة ولا يمكن من الخصومة، وجعله الناظم من تمام الأول وخصه بغير الأجنبي فقال: (**وجائز إثبات غير الأجنبي**) وهو قريب غير أب وابن (**لمن يغيب**) فيثبت الحق بالبينة مخافة موت الشهود (**واختصامه أبي**) أي منع وأقره ابنه وهو خلاف ما في التوضيح والحطاب، واقتصر المواق على أن ذلك للابن والأب قال: ولا يجوز ذلك لمن سواهما من القرابة اهـ. ورابعها: لا يمكن من شيء منهما إلا بوكالة. وخامسها: أن القريب والأجنبي يمكن من الخصومة في العبد والدابة والثوب دون توكيل لأن هذه الأشياء تفوت وتحول ولا يمكن من الخصومة في غيرها إلا الأب والابن. حكاه ابن حبيب ومطرف، وقد ظهر لك أن الأول والثاني والخامس ثلاثتها متفقة على تمكين الأب والابن من الخصومة. ثم اعلم أن محل الخلاف ما لم يتعلق بالقائم عن الغائب ضمان للشيء المدعى فيه كالمرتهن لما يغاب عليه، والمستعير أحق كاستيفاء المرتهن حقه من ذلك العبد أو الدابة، واستيفاء الزوجة نفقتها من ثمنهما، فلها أن تقيم البينة لملكهما الغائب وينتزعان ممن هما بيده ويباعان في النفقة أو الدين والله أعلم.

فكيف بالقريب، ولا سيما والقول الثاني يوافق هذا الثالث في تمكين القريب من القيام كما هو واضح، وإنما خالفه فيما زاد على ذلك فهو قوي من جهة العزو وكثرة القائل، وبهذا تعلم أن الناظم لم يخرج عن الأقوال الخمسة كما قيل ولا أنه جعل الثالث من تمام الأول بل هو تابع في ذلك لابن رشد كما يقتضيه سياق ابن سلمون. ونصه الصواب أن الأب والابن يمكنان من الإثبات والخصومة عن الغائب ومن عداهما من القرابة لا يمكن من شيء لا من الإثبات ولا من الخصومة، وظاهر الروايات أن الأجنبي لا يمكن من شيء والله أعلم.

تنبيهات. **الأول**: الصبي كالغائب فيقوم عنه أخوه كالقول الأول وتجري فيه الأقوال الباقية وإذا قلنا بجواز القيام والخصام للابن والأب أو القيام فقط لغيرهما من القرابة أو القيام والخصام مطلقاً على القول به فقال ابن الحاج: ليس للقائم أن يوكل وإنما يتكلم بنفسه أو يترك قال: ويحتمل جواز ذلك عند العذر.

الثاني: ذكر البرزلي في آخر الشهادات من ديوانه أن العمل على عدم التوكيل ولو من قريب القرابة وعليه فعمل تونس مخالف لعمل فاس.

الثالث: محل الخلاف فيما لا حق فيه للمدعي ولا ضمان عليه فيه ولو وديعة فليس للمودع عنده أن يخاصم سارقها مثلاً، أما ما له فيه حق كالمستأجر والمستعير عارية لا يغاب عليها والمرتهن رهناً كذلك وللغرماء وزوجة الغائب وأقاربه الذين تلزمه نفقتهم أو عليه فيه ضمان كالمستعير عارية يغاب عليها والمرتهن رهناً كذلك، والغاصب إذا غصب منه شيء والحميل إذا أراد المدين السفر وخشي ضياع الحق ونحو ذلك فيمكن من الدعوى بلا وكالة اتفاقاً ويباع إن ثبت ملكه له في الدين والنفقة.

فصل في حكم تداعي الموكل والوكيل

فيما قبضه الوكيل من دين وثمن مبيع وادعى أنه دفع ذلك لموكله وأنكر الموكل ذلك، وحكى الناظم في ذلك أربعة أقوال أشار لأولها بقوله:

٢٩٨ـ وَإِنْ وَكِيلٌ ادَّعَى إِقْبَاضَ مَنْ ... وَكَّلَهُ مَا حَازَ فَهُوَ مُؤْتَمَنْ

(وإن) شرط **(وكيل)** فاعل بفعل محذوف يفسره **(ادعى إقباض)** مفعوله **(من)** مضاف إليه من إضافة المصدر لمفعوله **(وكله)** صلة من **(ما)** مفعول ثان لإقباض وجملة **(حاز)** صلة ما والرابط محذوف أي حازه **(فهو)** مبتدأ عائد على الوكيل **(مؤتمن)** خبره. والجملة جواب الشرط.

٢٩٩ـ مَعْ طُولِ مُدَّةٍ وإنْ يَكُنْ مَضَى ... شَهْرٌ يُصَدَّقُ مع يَمِينٍ تُقْتَضَى

فصـــل في تداعي الموكل والوكيل

أي: في حكم ما إذا أقر الوكيل بقبض ما وكل على قبضه أو قبض ثمن ما وكل على بيعه وادعى أنه دفع ذلك لموكله وأنكر الموكل، وحكى في ذلك أربعة أقوال. أولها: ما أشار له بقوله: **(وإن)** ادعى **(وكيل)** فهو فاعل بفعل محذوف يفسره **(ادعى إقباض من وكله ما حاز)**ه الوكيل من دين أو ثمن مبيع وما مفعول ثان لإقباض **(فهو)** أي الوكيل **(مؤتمن مع طول مدة)** كسنة فيما بين قبضه

(مع) بسكون العين ظرف متعلق بمؤتمن (طول مدة) مجروران بالإضافة (وإن) شرط (يكن) فعله واسمه ضمير الشأن. (مضى. شهر) فعل وفاعل خبر يكن (يصدق) بالجزم جواب الشرط (مع) بالسكون أيضاً يتعلق بما قبله (يمين) مضاف إليه (تقتضى) بالبناء للمفعول صفة ليمين.

٣٠٠ـ وَإِنْ يَكُنْ بِالْفَوْرِ والإِنْكَارِ لَهْ   فَالْقَوْلُ مَعْ حَلْفٍ لِمَنْ وَكَّلَهْ

(وإن يكن) شرط وفعله (بالفور) يتعلق بالاستقرار في خبر يكن (الإنكار) بنقل حركة الهمزة للام اسم يكن (له) خبرها (فالقول) مبتدأ (مع) بالسكون أيضاً (حلف) بسكون اللام مضاف إليه والظرف يتعلق بالاستقرار في الخبر الذي هو (لمن وكله) والجملة جواب الشرط وهذا القول لمطرف. وحاصله إن ادعى الوكيل أنه دفع لموكله ما قبضه له، وقد طالت المدة فيما بين القبض والإدعاء كسنة ونحوها فهو مصدق بلا يمين، وإن قصرت المدة فيما بين القبض والادعاء كشهر ونحوه فهو مصدق أيضاً، لكن بيمين. وإن قصرت المدة عن الشهر فالقول للموكل مع يمينه وكان الطول الكثير منزل منزلة الشاهدين عنده في الدلالة على البراءة والمتوسط بمنزلة الشاهد الواحد والقليل كالعدم.

٣٠١ـ وَقِيلَ إِنَّ الْقَوْلَ لِلْوَكِيلِ   مَعَ الْيَمِينِ دُونَ مَا تَفْصِيلِ

(وقيل إن) بكسر الهمزة (القول) اسمها (للوكيل) خبرها (مع) ظرف يتعلق بالاستقرار في الخبر (اليمين) مضاف إليه (دون) يتعلق بالاستقرار أيضاً (ما) زائدة (تفصيل) مضاف إليه أي دون تفصيل بين الطول وعدمه ولا بين مفوض إليه وغيره، ولا بين أن يدعي الدفع إلى موكله في حياته أو بعد موته، ولا بين ما قبضه الوكيل ليدفعه لفلان أو ليشتري به سلعة فلم يدفع ولم يشتر، وادعى رد ذلك. وهذا القول هو المشهور ومذهب المدونة فكان على المصنف أن يصدر به (خ) وصدق في الرد كالمودع فلا يؤخر للإشهاد أي ليس للمودع ولا للوكيل أن يقول لا أدفع له حتى أشهد عليه إذ لا نفع لهما في ذلك لتصديقهما بيمين ونحوه لابن شاس وابن الحاجب، واعترض بأن لهما نفعاً في الإشهاد وهو سقوط اليمين وهو الذي تقتضيه أصول المذهب كما لابن عرفة، وعليه فإذا أخر الدفع للإشهاد فتلف لم يضمن بخلافه على ما لابن شاس فإنه يضمن انظر بعد هذا عند قوله: والزوج للزوجة كالموكل الخ. ومحل التصديق على هذا القول إنما هو فيما قبضاه بغير إشهاد أما ما قبضاه بإشهاد مقصود به التوثق فلا يصدقان في رده إلا ببينة كما في (ح) وجعله معنى التشبيه في قول (خ) كالمودع. وفي البرزلي ما يفعله الناس اليوم إذا أعطاه قراضاً أو بضاعة أو لفتح حانوت يأتون إلى العدول ويكتبون رسماً بذلك عند البينة المقصودة للتوثق اهـ. ونحوه في الخرشي عند قول (خ) في الشركة ولمقيم بينة الخ. وظاهر كلامهم أنه

وادعائه الإقباض، فيكون القول له بغير يمين لأنه قام له شاهدان الأمانة وطول المدة (وإن يكن مضى شهر) ونحوه (يصدق مع يمين تقتضى) منه لفقد الطول فلم يبق له إلا شاهد الأمانة فيحلف معه (وإن يكن بالفور) متعلق بـ(ـالإنكار له) أي وإن يكن الإنكار للإقباض بحضرة القبض وقربه منه بالأيام اليسيرة (فالقول) للموكل بيمينه وهو معنى قوله: (مع حلف) بتسكين اللام (لمن وكله) وهذا قول مطرف، والثاني أن القول للوكيل مع يمينه مطلقاً، وإليه أشار بقوله:

لا يشترط علم المشهود عليه بقصد التوثق ولا فهمه ذلك. انظر شرح الشامل في الوديعة.

٣٠٢ـ وَقِيلَ إنْ أنْكَرَ بَعْدَ حِينِ فَهْوَ مُصَدَّقٌ بِلاَ يَمِينِ

(**وقيل إن أنكر**) الموكل القبض (**بعد حين**) أي سنة (**فهو**) أي الوكيل (**مصدق بلا يمين**).

٣٠٣ـ وإنْ يَمُرَّ الزَّمَنُ القَلِيلُ فَمَعْ يَمِينٍ قَوْلُهُ مَقْبُولُ

وإن يمر الزمن القليل بين قبضه وادعائه الدفع وذلك ما دون السنة (**فمع يمين قوله**) أي الوكيل (**مقبول**) وهذا قول ابن الماجشون وابن عبد الحكم، وقد فارق القول الأول في أنه يقبل قوله فيما دون السنة الصادق بالشهر واللحظة والظرف الأول يتعلق بقوله أنكر والجملة بعده جواب الشرط، والظرف الثاني يتعلق بقوله مقبول، والجملة جواب أيضاً ويمر مجزوم مدغم يجوز في رائه الفتح والكسر والضم، والثالث أفصح وأكثر كما قالوه في كل مدغم لقيه ساكن أو ضمير.

٣٠٤ـ وَقِيلَ بَلْ يَخْتَصُّ بِالمُفَوَّضِ إلَيْهِ ذَا الحُكْمُ لِفَرْقٍ مُقْتَضِي

(**وقيل بل يختص بـ**) الوكيل (**المفوض إليه ذا**) فاعل يختص (**الحكم**) بالرفع صفة لاسم الإشارة أو عطف بيان أو بدل، والمراد بالحكم ما مرّ من التصديق بيمين مع القرب وبدونها مع البعد (**لفرق**) يتعلق بيختص ولامه للتعليل (**مقتضى**) صفة لفرق أي لفرق اقتضى التخصيص المذكور وهو شدة الوثوق بالمفوض إليه دون غيره.

٣٠٥ـ وَمَنْ لَهُ وكَالَةٌ مُعَيَّنَهْ يَغْرَمُ إلاَّ أنْ يُقِيمَ البَيِّنَهْ

(و) هو (**من له وكالة معينة**) أي مخصوصة بشيء معين فإنه (**يغرم**) ما أنكره فيه موكله طال ما بين القبض والادعاء أم لا (**إلا أن يقيم البينة**) على ما دفع إليه، وهذا قول أصبغ فقوله: ومن

(**وقيل**) إن القول للوكيل (**إن أنكر**) الموكل الإقباض (**بعد حين**) أي سنة (**فهو**) أي الوكيل (**مصدق بلا يمين، وإن يمر الزمن القليل**) وهو ما دون السنة فيصدق بالشهر وباللحظة الواحدة أي الحضرة فالقول له فيهما بيمينه كما قال (**فمع يمين قوله**) أي الوكيل (**مقبول**) وبهذا فارق الأول لأنه لا يقبل قوله: إذا كان القيام بالحضرة (**وقيل بل يختص بـ**) الوكيل (**المفوض إليه**) هـ(**ـذا الحكم**) وهو التصديق بيمين مع القرب وبدونها مع البعد وهو السنة (**لفرق مقتضي**) لذلك وهو شدة الوثوق بأمانة المفوض لما وقع من الإطلاق إليه (**ومن له وكالة معينة**) على شيء بعينه (**يغرم**) ما زعم دفعه لموكله وأنكره فيه (**إلا أن يقيم البينة**) على دفعه. ابن عرفة: وفيها الوكيل على بيع مصدق في دفع ثمنه للآمر لأنه أمينه. ابن رشد: في قبول قول الوكيل مع حلفه أنه دفع لموكله ما أمره بقبضه من بيع أو غريم مطلقاً أو إن كان بعد شهر ونحوه وإن طال لم يحلف ثالثها إن كان بالقرب بيسير الأيام أحلفه وإن طال لم يحلفه. ورابعها الوكيل على معين غارم مطلقاً والمفوض إليه يحلف في القرب لا في البعد لسماع ابن القاسم معها. ورواية مطرف وقول ابن عبد الحكم مع ابن الماجشون وأصبغ اهـ.

تنبيه: هذا كله فيما قبضه الوكيل بغير إشهاد وأما ما قبضه بإشهاد فلا يصدق في دعواه دفعه لموكله إلا بإشهاد كالمودع والرسول قاله القاضي عبد الوهاب والفاكهاني والزناتي والمشذالي، وجعله الحطاب هو معنى التشبيه في قول (خ) وصدق في الرد كالمودع.

ثم أشار الناظم إلى أن الوكيل العرفي كالحقيقي فقال:

له الخ من تمام القول الرابع وهي مبتدأ والجملة بعدها صلتها وجملة يغرم بفتح الياء والراء خبرها.

تنبيهات. الأول: ما تقدم من أن المشهور من الأقوال تصديق الوكيل مطلقاً محله إذا لم يتعد وإلا فلا يصدق، وقد سئلت عن امرأة وكلت شقيقها على قبض دراهم من شخص فأخذ الوكيل عن الدراهم حريراً وادعى دفعه لموكلته فأجبت بأنه لا يصدق ولا تبرأ ذمة الغريم من الدراهم لأن من ثبت عداؤه فقد زالت أمانته، وإذا تعذر الرجوع على الغريم رجعت على الوكيل لأن غريم الغريم غريم، وفي كتاب الوديعة من ابن يونس فيمن بعث مع رجل مالاً يوصله لرجل آخر فقال: لم أجد الرجل ورددت المال للباعث أنه لا يصدق في رده لأنه متعد في الرد فإن الواجب عليه إذا لم يجده إيداعها له فإذا كان متعدياً في الرد وجب عليه الضمان فإذا صارت في ذمته لتعديه وجب أن لا يقبل قوله رددتها اهـ. ونقله أبو الحسن وغيره، وقال اللخمي: اختلف فيمن استقرض دراهم من رجل فأمر الرجل غريمه أن يدفعها إليه فأخذ المستقرض عنها عرضاً قال: والصواب أن ذلك بيع حادث ولا يرجع المقرض إلا بما أمره بدفعه إليه اهـ.

الثاني: كما يصدق الوكيل في الرد كذلك يصدق في التلف، ولا فرق بين أن يدعي تلف الثمن أو المشتري بالفتح أو البيع سواء أسلفك الثمن الذي وقع به الشراء أم لا. ففي ابن يونس قال مالك فيمن أمر رجلاً يشتري له لؤلؤاً من مكة وينقد عنه فقدم، وزعم أنه ابتاعه له ونقد فيه ثم تلف اللؤلؤ فيحلف أنه قد ابتاع له ما أمره به ونقد عنه ويرجع بالثمن على الآمر لأنه أمينه قال بعض القرويين: والفرق بين هذه المسألة وبين الذي أمر غريمه أن يكتال الطعام في غرائزه فيدعي ضياعه بعد الكيل أن مسألة الغرائز ادعى ضياع ما في ذمته فلا يبرأ حتى يثبت زواله من ذمته. وفي مسألة اللؤلؤ إنما ادعى ضياع ما صرف فيه الثمن الذي أسلفه وهو اللؤلؤ، ولو ادعى أنه أخرج الثمن فضاع قبل شرائه له لم يضمن إلا ببينة كمسألة الغرائز ولو كان السلم مما يجوز بيعه قبل قبضه فوكله على بيعه فقال: أنا بعته وضاع الثمن فههنا يصدق مع يمينه كمسألة اللؤلؤ، وقد قال ابن القاسم في المستخرجة: فيمن له على رجل دين أمره أن يشتري له به سلعة أو عبداً وهو في بلد آخر، فلما قدم قال اشتريته وهلكت السلعة أو أبق العبد فالمصيبة من الآمر اهـ. ابن يونس وقال في السلم الأول قال ابن القاسم: وإذا كان غائباً ببلد آخر لم يجز له أن يأمره بشراء سلعة بدينه الذي له عليه إلا أن يوكل وكيلاً في ذلك البلد يقبضها. قال: ولو ادعى المأمور أنه اشتراها وتلفت فإن كان الآمر أو وكيله معه في البلد فالقول للمأمور، وإن لم يكونا معه في البلد فإن أقام بينة على الشراء فقوله وإلا فهو ضامن له اهـ منه. فانظره مع ما في المستخرجة وقال قبل ذلك ومن له على رجل مال فقال له أسلمه لي في طعام لم يجز حتى يقبض منه ويبرأ من التهمة ثم يدفعه إليه لأنه يتهم أن يعطيه من عنده فيدخله فسخ الدين في الدين وهذا في السلم وما قبله في الشراء نقداً اهـ منه. وهذه المسائل تقع كثيراً فلذا نقلناها.

الثالث: إذا وكلته على شراء سلعة معينة فاشتراها الوكيل لنفسه فلابن القاسم في الثمانية هي للموكل، وروى ابن نافع عن مالك هي للوكيل وبه قال ابن الماجشون. وعليه فيصدق أنه اشتراها لنفسه، وقيل لا يصدق إلا إن أشهد عند الشراء أنه يشتري لنفسه، وهذا بناء على أنه

يجوز للوكيل على البيع ونحوه عزل نفسه ابن زرقون. وهو المشهور وانظر ابن عرفة أواخر الوكالة، فقد ذكر في ذلك أقوالاً سبعة، واقتصر (ز) و(خش) عند قول (خ) وهل تلزم أوان وقعت بأجرة الخ على أنها للوكيل، وانظر ما يأتي للناظم في آخر اختلاف المتبايعين.

٣٠٦ـ والـزَّوْجُ لِـلـزَّوْجَـةِ كـالـمُـوَكِّـلِ فِـيـمـا مِـنَ الـقَـبْـضِ لِـمَـا بـاعَـت يَـلـي

(والزوج) مبتدأ **(للزوجة)** يتعلق بالخبر الذي هو قوله **(كالموكل)** بفتح الكاف واللام بمعنى عن **(فيما)** يتعلق به أيضاً **(من القبض)** بيان للموصول، ومن زائدة لا تتعلق بشيء، ويجوز أن تتعلق بيلي آخر البيت، ومن لتقوية العامل لضعفه بالتأخير **(لما)** يتعلق بالقبض **(باعت)** صلة ما الثانية **(يلي)** صلة ما الأولى والرابط محذوف فيهما، والتقدير والزوج كالوكيل عن زوجته فيما يليه من قبض ثمن ما باعته فيقضى له بقبضه ممن هو عليه وإن لم توكله عليه ويصدق في دفعه لها إن أنكرت على المشهور من الأقوال المتقدمة لأنه وكيل عنها بالعادة ولا مفهوم للقبض بل سائر التصرفات من البيع والشراء وغيرهما كذلك حيث كانت عادة البلد تصرف الأزواج لأزواجهم بذلك. ابن رشد: يحكم للزوج بحكم الوكيل فيما باع واشترى لامرأته وإن لم تثبت وكالته للعرف الجاري من تصرف الأزواج لأزواجهم في أمورهن اهـ. وقال ابن عرفة في حمل الزوج في بيعه وشرائه لزوجته على الوكالة وإن لم تثبت أو حتى تثبت دليلا سماع. ابن القاسم في كتاب المديان وسماع عبد الملك في كتاب الدعوى اهـ. وهذا صريح في أن الزوجة لا مقال لها في رد ما باعه زوجها أو اشتراه لها أو قبضه وتلف قبل دفعه لها للعرف المذكور فإن لم يكن عرفهم ذلك أو لا عرف أصلاً كما عندنا اليوم حسبما في (ت) أو كان بين الزوجين مشاورة كما لابن رحال فلها رد ذلك وتضمينه إن تلف المقبوض وهو الجاري على ما في نوازل الصلح والرهن من المعيار فيمن رهن أو باع مال زوجته، فأنكرت الإذن له أنها تحلف وترد ذلك، ثم إنه

(والزوج) بالنسبة **(للزوجة كالموكل)** بالفتح بالنسبة لموكله **(فيما من القبض لما باعت)** ومن متعلقة بـ(ـيلي) أي فيما وليه من قبض ما باعته إذا قال إنه دفعه لها وأنكرته فينظر لطول المدة وعدمه وتحري الأقوال السابقة.

فرع: قال الحطاب: وتصرف الرجل في مال امرأته محمول على الوكالة حتى يثبت التعدي قاله مالك في رسم حلف من سماع ابن القاسم كتاب البضائع والوكالات، ورسم البر من سماعه من كتاب المديان، وقال ابن عرفة: في حمل الزوج وشرائه لزوجته على الوكالة وإن لم تثبت أو حتى تثبت دليلاً سماع ابن القاسم في كتاب المديان وسماع عبد الملك في كتاب الدعوى.

تنبيه: ما قبضه الأخ من كراء ربع بينه وبين أخته سنين ثم قامت تطلبه بنصيبها فيه فادعى دفعه لها في جميع المدة فهو مصدق. قال ابن ناجي: وقعت بالمهدية فأفتى فيها ابن عرفة بذلك وأبو مهدي بعكسه وجيء بالفتوتين لقاضيها فتوقف، ثم قدم تونس وقد مات ابن عرفة فذكر ذلك لأبي مهدي وناوله فتواه فقال: هذا خطأ ومزقها، ثم ناوله الأخرى وأخذ القلم وكتب تحتها رأى رحمه الله أنه وكيل عرفاً، وبه أقول. وكان يقول ما خالفته في حياته فلا أخالفه بعد وفاته. قلت: فلو زيدت هذه لقيل:

قد تقدم أن الوكالة تكون بالنص وبالعادة (خ) بما يدل عرفاً الخ، ولهذا أفتى أصبغ بن محمد كما في البرزلي و(ق) فيمن غار عليهم العدو وعادتهم من وجد حينئذ فرساً لجاره ركبها لما يروه من العجلة فركب رجل فرس جاره وخرج بها فاضطرته خيل العدو فنزل عنها وهرب فقام صاحبها عليه بأنه لا ضمان عليه لأن العادة كالوكالة قياساً على مسألة الأضاحي، البرزلي: يريد والأنكحة والأيمان.

قلت: ومراده بالأضاحي ما أشار له (خ) في الأضحية بقوله وصح إنابة بلفظ أو بعادة كقريب الخ. وبالأنكحة ما أشار له أيضاً بقوله في النكاح، وإن أجازه مجبر في ابن وأخ وجد فوض له أموره ببينة جاز الخ. وبالأيمان ما أشار له أيضاً بقوله فيها وبر إن غاب بقضاء وكيل تقاض أو مفوض وهل ثم وكيل ضيعة أو ان عدم الحاكم الخ. ولذلك أيضاً أفتى ابن عرفة وغيره بتصديق الأخ في دفعه لأخته ما قبضه لها من كراء رباعها سنين كما في ابن ناجي محتجين بأنه وكيل لها عادة، فلو قال الناظم بدل هذا البيت ما نصه:

وصــحــحــت بــالــنــص أو بــالــعــاده ... فــالــزوج والــشــبــه عــلــى الــوكــالــه

وقد مر ذلك إثر قوله: ومن على قبض صبياً قدما الخ. لأجاد لتكون فيه إشارة إلى أن صيغة الوكالة باللفظ أو ما يقوم مقامه كما مرّ أي فتصرف الزوج ونحوه من أخ أو ابن أو أب محمول على الوكالة مع العرف بذلك. ابن شاس: ولا بد مع الصيغة من القبول فإن وقع بالفور فواضح وإن تأخر ففي لغوه قولان. وعلى الثاني اقتصر ناظم العمل حيث قال:

ولــيــس يــشــتــرط لــلــوكــيــل ... يــومــاً إذا وكــل مــن قــبــول

يريد: إنه لا يشترط القبول بالفور بل إذا قام بها داخل ستة أشهر كفاه ذلك على التفصيل المتقدم.

٣٠٧ـ وَمَـوْتُ زَوْجٍ أَوْ وكـيـلٍ إنْ عَـرَضْ ... م غَـيْـرِ دَفْـعِ مـا بِـتَـحْـقِـيـقٍ قَـبَـضْ

(وموت زوج) مبتدأ ومضاف إليه (أو وكيل) معطوف عليه (إن عرض) شرط وفعله (من

والأخ لــلأخــت كــراء يــقــتــضــى ... ويــدعــي الــدفــع بــقــولــه قــضــى

وهــو عــلــى الــتــوكــيــل عــرفــاً يــحــمــل ... كــالــزوج مــع زوجــتــه إذ يــقــبــل

وفيه إشارة إلى ما ذكرناه أولاً من أن الزوج إنما يكون وكيلاً عن زوجته ويمضي تصرفه عليها إذا كان ذلك هو العرف في بلدهما فيقضي على ما ثبت منه. وقول الناظم، فيما من القبض لما باعت يقتضي أنه لا يكون كالوكيل في البيع نفسه، وهو كذلك إذا لم يجر به عرف كما عندنا الآن فإن جرى به مضى أيضاً، وفيه فرضه في البيان. قال في كتاب البضائع والوكالات ما نصه: قوله وهو سفيرها أي وكيلها يدل على أنه يحكم له بحكم الوكيل فيما باع واشترى لزوجته وإن لم تثبت وكالته للعرف الجاري من تصرف الرجال لأزواجهم في أمورهن قال: وفي سماع عبد الملك ما يدل على أنه محمول في ذلك على غير الوكالة حتى تعلم وكالته اهـ. منه.

(وموت زوج) قبض ثمن ما باعته زوجته أو قبض ديناً لها على غيره (أو) موت (وكيل إن

غير) يتعلق بمحذوف حال من فاعل عرض **(دفع)** مضاف إليه **(ما)** موصول مضاف إليه أيضاً من إضافة المصدر لمفعوله **(بتحقيق)** يتعلق بقوله **(قبض)** والجملة صلة والرابط محذوف أي قبضه، وأفرد الضمير لكون العطف بأو.

٣٠٨ـ مِنْ مالِهِ يَأْخُذُ ذاكَ قائِمُ بالفَوْرِ والعَكْسُ لِعَكْسٍ لازِمُ

(من ماله) يتعلق بقوله **(يأخذ)** والجملة جواب الشرط وارتفع الفعل لقول ابن مالك. وبعد ماض رفعك الجزا حسن. **(ذاك)** مفعول به والإشارة للمقبوض بالتحقيق **(قائم)** فاعل بيأخذ **(بالفور)** يتعلق بعرض أو بقائم على وجه التنازع، والجملة من الشرط والجواب خبر المبتدأ، ومعناه أن الوكيل بالعادة كالزوج ونحوه أو الوكيل بالنص إذا عرض موت أحدهما بفور ما قبضه بالتحقيق من أثمان المبيعات التي باعها أو الديون التي اقتضاها ونحو ذلك ولم تعلم براءته من ذلك، وهو معنى قوله من غير دفع ما بتحقيق الخ. فإن الزوجة والموكل يأخذان ذلك المقبوض من تركة الوكيل أو الزوج إن قاما حينئذ وادعيا عدم الدفع، وظاهره أنه لا فرق بين المقبوض إليه وغيره. **(والعكس)** مبتدأ **(لعكس)** يتعلق بالخبر الذي هو **(لازم)** أي: والعكس الذي هو عدم الأخذ لازم للعكس وهو عروض الموت بعد طول كالشهر ونحوه، وإنما على من يظن به العلم من الورثة اليمين أنهم لا يعلمون بقاء شيء من ذلك بيد الوكيل. ابن عرفة: وإن مات يعني الوكيل بحدثان قبضه كان في ماله وبعده مما يمكن فيه القضاء والدفع فلا شيء عليه اهـ. وقال ابن أبي زمنين: إن مات الزوج والوكيل بحدثان ما جرى على أيديهما فذلك في أموالهما إذا عرف القبض وجهل الدفع والمرأة والوكيل يدعيان ذلك، وإن كان الموت بغير الحدثان فلا شيء في أموالهما اهـ. وبهذا أفتى ابن لب في رجل قبض ميراث زوجته في أبيها وتوفي، وأن الزوج إن مات بحدثان القبض فذلك لازم لتركته بعد يمين القضاء، وإن كان بعد الشهر ونحوه حمل على أنه قد دفع ما قبض هذا إن كان القبض بإذن الزوجة فإن كان تجاسر أو تحامل عليها فهو في ماله وتركته اهـ. بنقل (م) ببعض اختصار، وقوله إن كان القبض بإذن الزوجة الخ. يعني إن كان العرف أن الزوج لا يتصرف لزوجته وإلاَّ فهو وكيل بالعادة كما مرّ. وفهم من قوله قائم بالفور أن الزوجة والموكل حاضران بالبلد، وأما إن كانا غائبين وقبض الوكيل ومات في غيبتهما فذلك في ماله من غير تفصيل، وفي ابن سلمون ومن وكّل وكيلاً على النظر في غلاته وغاب ثم

عرض) هو أي الموت بعد قبضه ما لموكله كانتا **(من غير دفع ما بتحقيق)** متعلق بقوله **(قبض)** أي إن عرض موت الوكيل أو الزوج قبل أن يدفع ما قبضه بتحقيق لإشهاد عليه به **(من ماله)** أي من مال من ذكر من الزوج أو الوكيل **(يأخذ ذاك)** المقبوض **(قائم)** أي من قام منهما وقوله: **(بالفور)** متعلق بعرض **(والعكس)** وهو عروض الموت لا بالفور بل بعد طول كالشهر ونحوه **(لعكس لازم)** أي لا يأخذ الموكل ولا الزوجة شيئاً أو والعكس وهو عدم الأخذ لازم للعكس وهو عروض الموت بعد طول وهذا أظهر. وسئل ابن لب عن رجل قبض ميراث زوجته في أبيها ثم توفي؟ فأجاب إن كان الزوج مات بحدثان القبض فذلك لازم لتركته بعد يمين القضاء، وإن كان ذلك بعد الشهر ونحوه حمل على أنه قد دفع ما قبض، وهذا إذا كان القبض بإذن الزوجة فإن كان تجاسراً وتحاملاً عليها فهو في ماله وتركته.

قدم وقد مات الوكيل حلف المكترون لحوانيته ودوزه، وكان القول قولهم ورجع هو به في مال الوكيل إلا أن يذكر لذلك سبباً قبل موته من سبب أو إنفاق يعرف وكذلك الوصي اهـ.

قلت: ويقيد بما يأتي في باب الكراء من أن القول للمكتري في سالف المدة ما عدا شهرين من آخرها فإن القول فيهما قول المكري إنه لم يقبض كراءهما على ما به العمل بفاس قاله المكناسي وغيره، وكذا يقيد أيضاً بما في المعين من أن الوكيل أو الزوج إذا أقر عند سفرهما أو مرضهما أو دون ذلك ببقاء ذلك بأيديهما، ثم اختلفا بعد ذلك أو بعد الصحة أو القدوم لكلف الوكيل البينة على الدفع وإلاَّ حلف الآخر وغرم اهـ. وإذا كان يكلف البينة في الحياة فكذلك في الموت لأنه بإقراره صار كالدين في ذمته كما صرح به في المعين أثر ما مر عنه، ومفهوم قوله: وموت الخ. أن العزل ليس كذلك بل يصدق الوكيل إن ادعى الدفع قبل العزل على المشهور كما مرّ لا أن ادعاه بعده فلا يصدق إلا ببينة لأنه بعد العزل ليس أميناً له.

باب الصلح

وهو لغة قطع المنازعة مأخوذ من صلح الشيء بفتح اللام وضمها إذا كمل وهو يذكر ويؤنث. والأصل فيه قوله تعالى: ﴿لا خير في كثير من نجواهم﴾ [النساء: ١١٤] الآية. وقوله تعالى: ﴿وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً﴾ إلى قوله: ﴿فلا جناح عليهما أن يصلحا﴾ [النساء: ١٢٨] وقوله ﷺ: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً». وقوله: حرم حلالاً أي كصلحه على دنانير بثوب على أنه لا يلبسه أو لا يبيعه. واصطلاحاً قال ابن عرفة: هو الانتقال عن حق أو دعوى بعوض لرفع نزاع أو خوف وقوعه. البرزلي: وصلح المواريث أخص وهو معاوضة عن دعوى تنقل الوارث عن نصيبه اهـ. فقوله عن حق يدخل فيه صلح الإقرار. وقوله: أو دعوى بعوض هو صلح الإنكار، وقوله: بعوض متعلق بانتقال ويخرج به الانتقال بغير عوض، وقوله: لرفع نزاع أو خوف الخ. يخرج به الانتقال لغير رفع ولا لخوف وكبيع الدين ونحو ذلك من البياعات ويدخل في قوله: أو خوف الصلح عن إقرار أو إنكار مثال الأول أن يقر له بثوب مثلاً وخاف إن طالبه به خاصمه وأطلق في الحق فيشمل الانتقال عن بعضه أو عن كله فيسقط اعتراض (ح) وقول طفي: لا نسلم أن الصلح هو الانتقال بل هو معاوضة والانتقال معلول لها كالانتقال في البيع مفرع عنه معلول له الخ. يريد بأن الانتقال لازم لعقد المعاوضة فتعريف ابن عرفة له تعريف بالخاصة اللازمة كالضاحك في تعريف الإنسان على أن عقد المعاوضة والانتقال

باب الصلح

قال في التوضيح: قال النووي: الصلح والإصلاح والمصالحة قطع المنازعة وهو مأخوذ من صلح الشيء بفتح اللام وضمها إذا كمل وهو خلاف الفساد. وقال ابن عرفة: هو انتقال عن حق أو دعوى لرفع نزاع أو خوف وقوعه اهـ. والأول عن إقرار والثاني عن إنكار، ولو قال عقد يوجب انتقالاً الخ لأن الانتقال لازم الصلح لا عينه وهو معاوضة وإبراء وإسقاط. فالمعاوضة أخذ ما يخالف الشيء المدعى فيه، والإبراء إسقاط بعض ما في الذمة كدراهم وغيرها والإسقاط وضع بعض المعين

بعوض بمعنى واحد وكيفية وثيقته ستأتي عند قوله: ولا بإعطاء من الوارث الخ.

٣٠٩ـ والصُّلْحُ جائِزٌ بالاتِّفاقِ لَكِنَّهُ لَيْسَ عَلَى الإطْلاَقِ

(والصلح) مبتدأ **(جائز)** خبره **(بالاتفاق)** يتعلق به **(لكنه)** حرف استدراك والضمير اسمه وهو عائد على الجواز المفهوم من جائز **(ليس)** فعل ناقص واسمها ضمير الجواز أيضاً **(على الإطلاق)** خبر ليس والجملة خبر لكن، والمراد بالجواز الإذن فيشمل المستوى الطرفين والمندوب والواجب أي فيجوز للخصمين فعله وقد يندب لهما أو يجب، وكذا يندب للقاضي أن يأمر به أو يجب كما تقدم في قول الناظم:

ما لم يخف بنافذ الأحكام فتنة أو شحناً أولي الأرحام

وخرج بالاستدراك الحرام والمكروه فيفسخ في الحرام ويمضي في المكروه، وقول أصبغ ينفذ الحرام ويمضي مراده بالحرام ما حرم على دعوى أحدهما دون الآخر كما يأتي لا الحرام مطلقاً وإلا لم يسعه أن يقول بالفسخ فيما إذا اتفقت دعواهما عليه فإطلاق ابن سلمون وضيح وغيرهما قول أصبغ لإمضاء الحرام غير سديد، والمراد بالمكروه ما هو ممنوع على ظاهر الحكم انظر المجالس المكناسية، وهذا هو المكروه الذي خالف فيه ابن الماجشون. وقال: يفسخ بالحدثان ما لم يطل، وأما المكروه المحض فيمضي قطعاً. ابن عرفة: وهو من حيث ذاته مندوب إليه وقد يعرض وجوبه عند تعين مصلحة أي كقوله تعالى: ﴿وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا﴾ [الحجرات: ٩] الآية. وحرمته وكراهته لاستلزامه مفسدة واجبة الدرء أو راجحته. ابن رشد: لا بأس بندب القاضي الخصمين إليه ما لم يتبين الحق لأحدهما وإن أباه أحدهما فلا يلح عليهما إلحاحاً يوهم الإلزام. البرزلي: وقد عزل ابن عبد السلام بعض القضاة لما جبرهما عليه اهـ.

قلت: وهو يقتضي أن ذلك جرحة فيه، وقد تقدم عند قول الناظم: والصلح يستدعي له إن أشكلا... الخ. أن الخصم إذا صالح أو رضي اليمين لاضطراره بالحكم لا يلزمه شيء من ذلك، وشمل كلام الناظم: الصلح على الإقرار وعلى الإنكار قال في المفيد: اتفق العلماء على جواز الصلح على الإقرار والإنكار إن كان عن طوع من المتصالحين اهـ. وفي مسائل القاضي عبد الوهاب الصلح على الإنكار جائز عندنا. وعند أبي حنيفة وأصحابه وجابر بن زيد والشعبي والحسن البصري. وقال الشافعي: الصلح باطل ولا يملك المدعي ما يأخذه من الصلح، ويجب عليه أن يرده، وبه قال ابن أبي ليلى اهـ ونحوه في ابن سلمون، فمراد الناظم اتفاق أهل المذهب وما نقله عياض عن ابن الجهم عن بعض الأصحاب من عدم جوازه في الإنكار بلغ الغاية في الشذوذ بحيث لا ينبغي أن يعتبر، ولما قدم أنه غير جائز على الإطلاق بين وجه ذلك فقال:

كدار فيأخذ بعضها **(وما يتعلق به)** من حكم نقضه بعد إبرامه **(والصلح جائز بالاتفاق لكنه)** أي جوازه **(ليس على الإطلاق)** بل يجوز ما لم يؤد إلى حرام لقوله ﷺ: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً» رواه الترمذي وحسنه، وقد يكون الصلح واجباً أو مندوباً كما قال **(خ)** وأمر بالصلح ذوي الفضل والرحم كأن خشي تفاقم الأمر، وتقدم ذلك. فيراد بالجواز في كلام الناظم ما يشملهما.

٣١٠ـ وهو كَمِثْلِ البَيْعِ في الإقْرارِ كَذَاكَ لِلْجُمْهُورِ في الإنْكَارِ

(وهو كمثل البيع في الإقرار كذاك للجمهور في الإنكار) أي إنما لم يجز على الإطلاق لأنه مثل البيع والبيع منه ما هو جائز وغير جائز فهو كالتعليل لعدم الجواز على الإطلاق، لكن الصلح على الإقرار تعتبر فيه شروط البيع وانتفاء مانعه اتفاقاً. وكذا الصلح على الإنكار تراعى فيه شروط البيع أيضاً وانتفاء موانعه على دعوى المدعي والمدعى عليه، وظاهر الحكم على مذهب مالك وجمهور أصحابه وهو المشهور الذي اقتصر عليه (خ) وغيره خلافاً لابن القاسم في اشتراطه شروط البيع في دعوى المدعي والمدعى عليه فقط، ولأصبغ في اشتراطه عدم اتفاق دعواهما على فساد مثال المتوفر للشروط أن يدعي عليه بعشرة حالة فأقر بها أو أنكرها فصالحه بثمانية حالة أو بعرض حال، ومثال الممتنع على ظاهر الحكم فقط أن يدعي بمائة درهم حالة فيصالحه على أن يؤخره بها إلى شهر أو على خمسين منها يدفعها عند الشهر، فالصلح جائز على دعوى المدعي والمدعى عليه لأن الأول أخره بالكل أو بالبعض وأسقط الباقي والثاني افتدى من اليمين وممتنع على ظاهر الحكم لأنه سلف جر نفعاً، فهذا ممنوع عند الجمهور لعدم انتفاء مانع البيع الذي هو القرض هنا جائز عند ابن القاسم وأصبغ. ومثال الممتنع على دعواهما معاً فقط أن يدعى عليه بدراهم وطعام من بيع فيقر بالطعام وينكر الدراهم فيصالحه على طعام مؤجل أكثر من طعامه أو يعترف بالطعام ويصالحه على دنانير مؤجلة أو على دراهم أكثر من دراهمه، فلا يجوز اتفاقاً لما فيه من سلف بزيادة على دعوى المنكر، ومن فسخ الدين على دعوى المدعي ومن الصرف المؤخر في الصلح بدنانير، ومثال ما يمتنع على دعوى المدعي وحده أن يدعي بدنانير فيصالحه بدراهم لأجل فيمتنع على دعواه، ويجوز على دعوى المنكر لأنه افتداء فهذا جائز عند أصبغ ممتنع عند غيره، ومثال ما يمتنع على دعوى المدعى عليه أن يدعى بطعام من قرض فيقول المنكر: بل من سلم فيصالحه بدراهم حالة فلا يجوز على دعوى المنكر لأنه بيع للطعام قبل قبضه جائز على دعوى

(وهو) أي الصلح **(كمثل)** الكاف زائدة أي هو مثل **(البيع في الإقرار)** فيجوز مع اعتبار شروط البيع بلا خلاف فإن كان عن إنكار فكذلك عند مالك وغير واحد من أئمة المذهب، وعنه عبر الناظم بالجمهور فقال: **(كذاك للجمهور في الإنكار)** أي يجوز خلافاً للشافعي ومن وافقه، ثم على الجواز يعتبر فيه ما يعتبر في صلح الإقرار، فلا بد أن يجوز على دعوى المدعي وعلى دعوى المدعى عليه، ويزاد على ظاهر الحكم عند مالك. واعتبر ابن القاسم الشرطين الأولين فقط، وأصبغ أن لا تتفق دعواهما على فساد، وأمثلة ذلك مبسوطة في المطولات، ومقابل الجمهور هو ما حكاه عياض عن ابن الجهم عن بعض أصحابنا. قال ابن عرفة: ولم يذكر المازري ولا ابن القصار ولا أحد من مشاهير شيوخ المذهب المعتاد منهم نقل غريب المذهب خلافاً في جواز الصلح على الإنكار إلا ما نقله عياض عن ابن الجهم عن بعض أصحابنا. قال ابن عرفة: وجوازه باعتبار عقده، وأما في باطن الأمر فإن كان الصادق المنكر فالمأخوذ منه حرام وإلا فحلال. فإن وفى بالحق بريء وإلاّ فهو غاصب في الباقي قلت: في ابن سلمون ما نصه: والصلح على الإقرار اتفق المسلمون على جوازه وتنازعوا في جوازه على الإنكار، وممن منع منه الشافعي، وابن أبي ليلى قالا: لا يقع على حال لا يجوز فيها صلح، وأجاز ذلك مالك وجميع أصحابه وبه مضى العمل، ولا شك أن هذا مراد

الآخر، وإذا قلنا بجواز الصلح على الإنكار بشروطه فإنما ذلك في ظاهر الأمر، وأما في باطن الأمر فلا يحل للظالم منهما فإن كان هو المنكر فهو غاصب في الباقي عنده حتى يوفيه وإن كان هو المدعي فكذلك حتى يرد ما أخذ (خ) ولا يحل لظالم الخ. فمقابل الجمهور في النظم هو قول ابن القاسم وأصبغ لا ما حكاه ابن الجهم عن بعض الأصحاب لأن كلامه ليس في جواز الصلح على الإنكار بل في كونه مثل البيع، أما جوازه فمستفاد من عموم البيت قبله كما مرّ. ومراده بالبيع البيع الأعم الشامل للقرض والصرف والإجارة وغير ذلك إذ الجميع بيع في الحقيقة كما يأتي، وهذا إن كان على ما يخالف المدعي به جنساً أو صفة فإن كان على بعض المدعي به فهو هبة. وترك الناظم هذا القسم لوضوحه فالكاف في قوله كمثل زائدة وهو خبر عن الضمير المنفصل، وفي الإقرار حال من الضمير في مثل لأنه بمعنى مماثل، وقوله كذلك خبر عن مبتدأ محذوف أي وهو كذلك الخ. والمجروران بعده في موضع الحال من الضمير في الخبر.

٣١١ـ فَجَائِزٌ فِي البَيْعِ جازَ مُطْلَقا فِيهِ وما اتُّقِي بِيعاً يُتَّقَى

(فجائز) مبتدأ سوغه تعلق **(في البيع)** به **(جاز)** خبره **(مطلقا)** حالاً **(فيه)** يتعلق بجاز **(وما)** مبتدأ **(اتقى)** بالبناء للمفعول صلته **(بيعاً)** منصوب على إسقاط الخافض **(يتقى)** بالبناء للمفعول خبر عن الموصول، وليس في هذا زيادة على ما أفهمه البيت الذي قبله أي فيجوز الصلح عن دين بما يباع به كدراهم في الذمة يصالح عنها بعرض حال، وبالعكس لأنه محض بيع وكدراهم حالة يصالح عنها بدنانير نقداً. وبالعكس لأنه محض صرف وكذهب حال يصالح ببعضه نقداً أو دراهم حالة ببعضها كذلك لأنه محض هبة وكذا بذلك البعض أو الكل إلى أجل إن كان عن إقرار لا عن إنكار لأن التأخير بالبعض المصالح به سلف جر نفعاً بسقوط اليمين عنه بتقدير نكول المدعى عليه وانقلابها وبعدم ضياع حقه كله بتقدير حلف المدعى عليه المذكور، وهكذا يقال في جميع الصور التي فيها الصلح على الإنكار بالكل إلى أجل أو البعض إلى أجل، وقوله: يتقي أي يمتنع فيمتنع بمجهول أو غرر أو إن دعا إلى ضع وتعجل أو حط الضمان وأزيدك أو سلف جر نفعاً أو ضمان بجعل أو صرف مؤخر أو بدل كذلك أو بيع للطعام قبل قبضه أو بيع ذهب بذهب معهما أو مع أحدهما غيره أو فضة كذلك أو بيع لحم بحيوان أو بيع دين بدين أو فسخ دين في دين، أو دوران الفضل من الجانبين كصلحه بذهب أقل مما عليه مع اختلافهما سكة وصياغة أو جودة ورداءة أو بفضة كذلك وهكذا. وهذا كله يدخل تحت الكاف في قوله:

الناظم لأنه كثيراً ما يتبعه. وفي المفيد اتفق العلماء على جواز الصلح على الإنكار والإقرار إذا كان عن طوع من المتصالحين لا يدخله إكراه اهـ.

(فجائز في البيع جاز مطلقا فيه) أي في الصلح فيجوز على دين بما يباع به الدين كعروض في الذمة يصالح عنها بدراهم أو العكس أو كدنانير حالة يصالح عنها بدراهم نقداً أو العكس، وكذهب حال يصالح عنه ببعضه نقداً أو إلى أجل أو فضة كذلك لا بذهب عن ذهب أكثر منه أو أقل مع اختلافهما سكة وصياغة أو جودة ورداءة ولا بفضة عن فضة كذلك، ولا بذهب عن فضة إلى أجل فيمنع كما أفاده بقوله: **(وما اتقى بيعاً يتقى كالصلح بالفضة)** المسكوكة مثلاً عن المصوغة تفاضلاً **(أو**

٣١٢ـ كالصُّلْحِ بِالْفِضَّةِ أو بِالذَّهَبِ تَفَاضُلاً أو بِتَأَخُّرٍ أُبِي

(كالصلح) عن إقرار أو إنكار **(بالفضة أو بالذهب)** عن مثليهما **(تفاضلاً)** لما في ذلك من ربا الفضل **(أو)** الصلح بأحدهما عن الآخر **(بتأخر)** أي مع تأخير **(أُبي)** أي منع مثله في الصرف لا التأخير الذي لا يمنع مثله كحل صرة أو استقرضه من رجل بجانبه فلا يمنع وأبى آخر البيت بالبناء للمفعول صفة لتأخير، وقوله: كالصلح خبر لمبتدأ محذوف أي وذلك كالصلح الخ. وتفاضلا حال بمعنى متفاضلاً.

٣١٣ـ والصُّلْحُ بِالْمَطْعُومِ فِي الْمَطْعُومِ نَسِيئَةً رُدَّ عَلَى الْعُمُومِ

(والصلح) مبتدأ **(بالمطعوم في)** أي عن **(المطعوم)** تفاضلا في الجنس الواحد أو **(نسيئة)** في المتفق والمختلف **(رد)** بالبناء للمفعول خبر **(على العموم)** يتعلق به كانا في مسألة النسيئة ربويين أو أحدهما أم أقل من المصالح عنه أو أكثر ونسيئة حال.

٣١٤ـ والوَضْعُ مِنْ دَيْنٍ عَلَى التَّعْجِيلِ أَوِ الْمَزِيدُ فِيهِ لِلتَّأْجِيلِ

(والوضع) مبتدأ **(من دين على التعجيل)** ينطقان به كأن يدعي عليه بعشرة دنانير أو عشرة أثواب فأقر بذلك أو أنكره وصالحه على ثمانية معجلة لما فيه من ضع وتعجل، وهو ممتنع في العين وغيرها بخلاف حط الضمان وأزيدك فهو خاص بغير العين كأن يدعي عليه بعشرة أمداد أو أثواب إلى شهر، فيقر أو ينكر وصالحه على اثني عشر مؤجلة أو ثمانية معجلة. ووجه المنع في الأول أن من عجل ما أجل يعد مسلفاً فقد أسلف الآن ثمانية ليقتضي عند الأجل عشرة من نفسه، وكذا في الثاني لأنه قد انتفع على سلفه الذي هو تعجيله قبل أجله بحطيطة الضمان عنه ولأن فيه أيضاً ضماناً بجعل لأنه أدخل الثياب في ضمانه بجعل وهو الزيادة. **(أو المزيد)** معطوف على المبتدأ **(فيه للتأجيل)** يتعلقان به أيضاً لما فيه من سلف بزيادة كان الصلح عن إقرار أو إنكار وخبر المبتدأ محذوف أي والوضع منه أو الزيادة فيه مردودة كذلك.

٣١٥ـ وَالْجَمْعُ في الصُّلْحِ لبيعٍ وسَلَفْ وَمَا أَبَانَ غَرَراً بِذَا اتَّصَفْ

(والجمع) مبتدأ **(في الصلح لبيع)** يتعلقان به **(وسلف)** معطوف على ما قبله كأن يدعي عليه بدينار حال فيقرأ وينكر وصالحه على أن يأخذ منه ثوباً أو طعاماً أو عبداً بنصف دينار وأخره

بالذهب) المسكوك عن المصوغ مثلاً **(تفاضلاً أو بتأخر أُبي)** أي منع مثله في الصرف لأنه يعتبر في الصلح ربا الفضل وربا النسا في النقد، وكذا في الطعام كما قال: **(والصلح بالمطعوم)** كقمح تأخذ. **(في)** أي عن **(المطعوم)** كفول أو شعير **(نسيئة)** أي إلى أجل ولو قرب **(رد)** أي حكمه الرد **(على العموم)** كان الطعام المصالح به على قدر الطعام المصالح عنه أو أقل أو أكثر. قال مطرف: هو حرام صراح، وكذا عن قمح مؤجل أو عرض مؤجل بأقل منه نقداً لأن فيه ضع وتعجل أو عن مؤجل غير عين بأكثر منه نقداً لأن فيه حط الضمان. وأزيدك وهما ممنوعان كما قال: **(والوضع من دين على التعجيل أو المزيد فيه للتأجيل)** وفي الرسالة: ولا تجوز الوضيعة من الدين على تعجيله ولا التأخير به على الزيادة فيه. **(والجمع في الصلح لبيع وسلف)** كمن لك عليه دينار حال فتصالحه على أن تأخذ منه ثوباً بنصف دينار وتؤخره بالنصف الآخر إلى أجل.

بالنصف الآخر إلى أجل. **(وما)** موصول معطوف على المبتدأ وجملة **(أبان غرراً)** صلته كأن يصالحه عما أقرّ به أو أنكره بعبد آبق أو بعير شارد أو بمجهول كحظ من دار لا يعرفان أو أحدهما قدره **(بذا)** يتعلق بقوله **(اتصف)** والإشارة للمنع والرد والجملة خبر المبتدأ وما عطف عليه.

٣١٦ـ وَالصُّلْحُ بِالطَّعَامِ قَبْلَ الْقَبْضِ ... مِنْ ذِمَّةٍ فَذَاكَ غَيْرُ مَرْضِي

(والصلح) مبتدأ **(بالطعام)** يتعلق به **(قبل القبض)** حال **(من ذمة)** يتعلق بالقبض أو حال من الطعام ومن بمعنى في **(فذاك)** مبتدأ **(غير)** خبره **(مرضي)** بفتح الميم وكسر الضاد وتخفيف الياء للضرورة لأن أصلها التشديد مضاف إليه، والجملة خبر المبتدأ ودخلت الفاء عليه لعموم المبتدأ، وإنما لم يجز بالطعام المذكور لأنه بيع له قبل قبضه كان عن إقرار أو إنكار، وهذا إنما يأتي في الطعام الذي في الذمة من بيع فلو قال بيعة بدل قوله ذمة لأجاد ليخرج طعام القرض والأمانة ثم يقول في الشطر الأول بعده. فإن يكن قرضاً أو الأمانة الخ.

٣١٧ـ وإنْ يَكُنْ يُقْبَضُ مِنْ أَمَانَهْ ... فَحَالَةُ الْجَوَازِ مُسْتَبَانَهْ

(فإن يكن) شرط واسمه ضمير الطعام **(يقبض)** بالبناء للمفعول خبر يكن **(من أمانه)** يتعلق به **(فحالة الجواز مستبانة)** مبتدأ وخبر الجملة جواب الشرط، ولما كان في قول الناظم وهو كمثل البيع نوع خفاء أشار بهذه الأبيات على سبيل التمثيل لإيضاح وجه كونه مثل البيع، وإلاّ فمسائله كثيرة لا تنحصر فيما ذكر ولكثرتها وتشعبها قال بعضهم: من أتقن باب الصلح وبيوع الآجال فقد أتقن مذهب مالك وقول بعضهم في جمع المسائل التي تتقى هنا:

(وما) أي الصلح الذي **(أبان غرراً)** كعبد آبق أو رطل من شاة **(بذا)** أي بهذا الحكم وهو المنع والرد **(اتصف)** وقوله: والوضع مبتدأ وما بعده معطوف عليه وبذا اتصف خبر. **(والصلح بالطعام قبل القبض من ذمة فذاك غير مرضي)** أي جائز. وقوله: من ذمة صوابه من بيع لأن محترزه طعام القرض وهو في الذمة أيضاً لا طعام الأمانة فقط كما عبّر به في مفهومه إذ قال: **(وإن يكن يقبض من أمانة فحالة الجواز مستبانة)** قال في المقرب في مصالحة الزوجة. قلت: فإن كان الطعام من سلم قال فقال: لا يجوز أن يصالحها بشيء على أن يكون الطعام لهم لأنه بيع للطعام قبل قبضه، ثم قال: نعم يجوز إذا كان للطعام من قرض، وقد جمع بعضهم الموانع التي تتقى هنا فقال:

جهلاً وفسخاً ونسا وحط ضع ... والبيع قبل القبض إن صالحت دع

ولو قال: وربا عوض ونسا لشمل ربا الفضل وبقي عليه الغرر واجتماع البيع والسلف وسلف جر نفعاً.

فرع: اختلف في الصلح على ترك القيام بالعيب فابن القاسم يرى أنه مبايعة بعد فسخ الأول فيعتبر ما يحل ويحرم من بيع وسلف وفسخ دين في دين، وأشهب يرى البيع الأول باقياً وهذا عوض عن الإسقاط فيعتبر ما يحل ويحرم من سلف جر نفعاً، وفسخ دين في دين فمن اشترى عبداً بمائة نقداً ونقدها، ثم اطلع على عيب في العبد وأثبته أو أقر به البائع فصالحه بعشرة إلى شهر لم يجز عند ابن القاسم لأنه بيع وسلف لأنه اشترى حينئذ العبد بالتسعين وأخر بالعشرة، وجوزه أشهب لأنها عن العيب ولو كانت نقداً جازت عندهما قاله ابن الحاجب.

جـهـلاً وفـسـنـاً ونـسـا وحـط ضـع والبيع قبل القبض إن صالحت دع
وغـرراً وسـلـفـاً مـع بـيـع وسـلـفـاً مـقـتـرنـاً بـنـفـع

واضح قصوره مما مرّ من الأمثلة وما أحسن قول الناظم: وهو كمثل البيع الخ (خ): الصلح على غير المدعى به بيع أو إجارة وعلى بعضه هبة الخ. والأولان داخلان في النظم كما مرّ، وتقدم أنه ترك الثالث لوضوحه أو هبة للبعض المتروك وهي لازمة إن قبلها في حياة الواهب لأنها مقبوضة لا إن ردها أو سكت حتى مات فلا تلزم، وإن حلت لك عليه عشرة فقلت له: إن أتيتني بخمسة لشهر أسقطت عنك ما بقي لزمك ذلك إن أتى بها عند الشهر فإن أتى بها بعده بيوم أو بقي منها درهم لم يلزمك كما في الالتزامات وصورة الإجارة أن يدعي عليه بمعين كثوب حاضر مثلاً فيقر أو ينكر ويصالحه بمنافع معينة أو مضمونة لا إن ادعى بغير معين كدراهم فيمنع لأنه فسخ دين في دين لأن قبض الأوائل ليس كقبض الأواخر على المذهب، ثم هذه الأقسام الثلاثة تجري في كل من صلح الإقرار أو الإنكار أو السكوت. أما الإقرار فظاهر، وأما الإنكار فبالنظر للمدعي به، وأما السكوت فهو راجع إلى أحدهما.

تنبيه: صلح الراعي فيما وجب عليه غرمه بتفريط ونحوه يجري على ما مرّ فإن عرفت قيمة المستهلك جاز كان المصالح به قدر القيمة أو أقل أو أكثر، وإن صالح بمؤخر بعد معرفة القيمة جاز أيضاً إن كان بدراهم قدر القيمة أو أقل، ولا يجوز بأكثر وإن صالح بمؤخر غير دراهم كعرض منع مطلقاً، وإن وقع الصلح قبل معرفة القيمة فهو فاسد على الأصح لأن الصلح بيع للقيمة وهي قبل معرفتها مجهولة، وكذا إن قتل بقرة مثلاً فلا يجوز له الصلح بمثلها قبل فوات لحمها لأنه من بيع اللحم بالحيوان إذ ربها مخير في أخذ لحمها أو قيمتها فإن فات وعرفت قيمتها جاز حينئذ وتأمل قول (خ) في الصلح وإن صالح بمؤخر عن مستهلك الخ. ثم إنهما يرجعان للخصومة في جميع الصور الممنوعة إلا أن يستأنفا صلحاً آخر، فإن فات المصالح به كعرض قبل فسخه صحح بالقيمة كما يصحح البيع الحرام إذا فات. ابن سلمون: وإذا فات الصلح الذي يقع به الحرام فسخ وصحح بالقيمة اهـ. وتأمل قول (خ) آخر الاستحقاق وقول الناظم فيما يأتي: ولا يجوز نقض صلح أبرما الخ. وإنما أشرنا إلى هذا الفقه هنا وإن كان هو مضمن قول الناظم الآتي: وإن يفت ما الصلح فيه يطلب... الخ. تدريباً وتمريناً وإجراء على ما مرّ في النظم، ولذا كان حق الناظم أن يقدم ذلك البيت هنا كما أن حقه أن يقدم قوله: ولا يجوز نقض صلح أبرما... الخ. والبيت الذي بعده لأن ذكر ذلك كله هنا أنسب وأقعد بالمقام ومثل الراعي فيما ذكر الغاصب والمكتري والمرتهن والصانع والسارق إذا صالحوا فيما يجب عليهم غرمه فإن وجدوا ما ادعوا تلفه بعد الصلح فهو لهم إلا أن يموهوا في الذات فيكون لربه فإن موهوا في الصفة فيرجع عليهم بفضل الغيبة. وكذا إن ادعى عليه بسرقة فصالح وهو منكر ثم وجد فهو له، فإن صالح على شرط إن وجد فهو لربه فالظاهر فساده للتردد بين السلفية والثمنية، وتأمل قول (خ) في الغصب وملكه إن اشتراه أو غرم قيمته الخ. وإن وجد الغارم في المصالح به عيباً فليس له القيام به لثقل الخصومة كما في (ز) وإذا استهلك عجلاً يمنح به فإنه يغرم قيمته على أنه يمنح به فيقال ما قيمة هذا العجل أو الخروف على أنه يمنح به قاله القوزي، وإذا اشترى عبداً ونحوه بمائة ونقدها فاطلع على عيب وأثبته أو أقرّ به البائع فصالحه على ترك القيام به بمعجل كعشرة

دنانير من سكة نقده أو عرض جاز اتفاقاً. وكذا إن تأخر العرض الموصوف أو العشرة بغير شرط لا بعشرة مؤجلة أو حالة من سكة أخرى أو بعرض مؤجل ولو وصف فيمنع لأن الصلح على العيب ابتداء بيع بعد فسخ الأول على المشهور، ولما فسخ ترتب للمشتري في ذمة البائع مائة أخذ عن تسعين منها عبداً، والعشرة التي أخره بها سلف فصار الصلح مشتملاً على البيع والسلف بالنسبة إلى العشرة وعلى فسخ دين في دين بالنسبة للعرض، وعلى بيع ذهب وعبد بذهب في العشرة التي من سكة أخرى، وأجاز ذلك أشهب بناء على أن البيع الأول لم يفسخ وسبب الخلاف اختلافهم فيمن ملك أن يملك هل يعد مالكاً أم لا؟ فابن القاسم والمشهور أي أن المشتري لما كان قادراً على حل البيع صير البيع منحلاً، وأشهب رأى أن القدرة على حل البيع أعم من حله ولا يلزم من وجود الأعم وجود الأخص ابن عبد السلام: وهذا أصح فلو صالح قبل نقدها بتسعين وتأخير العشرة الباقية إلى شهر مثلاً، فالجواز على المشهور دون الشاذ لأنه على المشهور بيع مستأنف بحال وهو التسعون التي يعجلها المشتري ومؤجل وهو العشرة الباقية أو العرض الموصوف، وعلى الشاذ أخره البائع بالعشرة الباقية أو العرض ليترك العيب، فالتأخير سلف جر نفعاً بالنسبة للعشرة وفسخ دين في دين بالنسبة للعرض لأن البائع وجب له على المشتري عشرة بقية المائة فسخها في عرض إلى أجل، وهذا كله إذا لم يفت العبد ونحوه بشيء من مفوتات الرد به كالتدبير في العبد والتفصيل في الشقة ونحوهما، وإلاّ فلا يجوز الصلح إلا إذا علم قيمة العيب ولو كان البيع بدنانير نقداً وقبضها البائع والمبيع داراً أو غيرها فقام المشتري بعيب يوجب الرد فاصطلحا على دنانير منجمة لم يجز على مذهب ابن القاسم لأنه إن قدر ابتداء بيع بعد فسخ الأول دخله بيع وسلف وإن قدر تتميماً للأول دخله عرض وذهب بذهب مع ما فيه من التأخير قاله الطرابلسي في تقييده على المدونة.

فصل

٣١٨ـ وَلِلأَبِ الصُّلْحُ عَلَى الْمَحْجُورِ وَلَوْ بِدُونِ حَقِّهِ الْمَأْثُورِ

(**وللأب**) خبر مقدم (**الصلح**) مبتدأ (**عن المحجور**) يتعلق به (**ولو**) إغيائية وكان مقدرة بعدها لقول ابن مالك: ويحذفونها ويبقون الخبر الخ (**بدون**) خبر كان المقدرة واسمها ضمير يعود على الصلح (**حقه**) مضاف إليه (**المأثور**) صفة له.

٣١٩ـ إنْ خَشِيَ الْفَوْتَ عَلَى جَمِيعِ ما هُوَ بِهِ يَطْلُبُ مَنْ قَدْ خَصَمَا

(**إن خشي**) شرط (**الفوت**) مفعوله (**على جميع**) يتعلق به (**ما**) مضاف إليه (**هو**) مبتدأ يعود على الأب (**به**) يتعلق بقوله (**يطلب**) بضم اللام مبنياً للفاعل (**من**) مفعول يطلب وجملة (**قد**

فصـــل

(وللأب الصلح عن) ولده (**المحجور**) له ذكراً كان أو أنثى بما يوفى بحقه كأن يكون لولده حق على مدين فيصالحه بعرض يساوي حقه بل (**ولو بدون حقه المأثور**) أي المختص به كأن يصالحه بما هو أقل وإنما يجوز هذا (**إن خشي الفوت على جميع ما هو به يطلب من**) أي الذي (**قد خصما**) لكونه

خصما) صلة والرابط محذوف. والجملة من يطلب ومعموله خبر المبتدأ والجملة من المبتدأ والخبر صلة ما. والرابط هو المجرور بالباء وجواب الشرط محذوف للدلالة عليه. والمعنى أن الأب يجوز له الصلح عن محجوره الصغير أو السفيه ذكراً أو أنثى حيث سلم من الموانع المتقدمة ولو كان الصلح بأقل من حقه إن خشي أي الأب فوات جميع الحق الذي الأب يطلب به من قد خصمه لكونه منكراً ولا بينة أصلاً أو يخشى تجريحها وسقوطها وصلحه محمول في ذلك على النظر وهو مصدق فيما يذكر ولا فرق في ذلك بين أن يصالح عنه فيما طلب له من حقه أو فيما طلب به إذا خشي أيضاً أن يثبت عليه جميع الحق فيعطي بعض ما يطلب به كما في البرزلي أوائل البيوع، ومفهوم الشرط أنه إن كان الحق لا خصام فيه أو فيه خصام، لكن ببينة لا يخشى عليها لا يجوز صلحه بأقل لأنه ليس بنظر، فإن فعل كان للمحجور القيام ببقية حقه على الغريم، ثم لا رجوع للغريم على الأب إلا أن يكون ضمن له الدرك فيرجع عليه حينئذ وإن كان الغريم عديماً فللمحجور الرجوع على الوالد قاله مالك وجميع أصحابه نقله ابن سلمون ونحوه في المفيد وفهم من هذا أن تحمل الأب من باب الحمل لا من باب الحمالة، وإلا لم يكن للولد رجوع على أبيه إذ لو رجع عليه لرجع الأب عليه. وقال البرزلي في نوازل الصلح: وإن خاف المدعى عليه أن يولج المدعي الدعوى إلى غيره، فليأخذ منه بالصلح كفيلاً على أنه متى أدركه فيه درك من توليج أو رفع إلى غيره فالحميل ضامن بذلك فإن كان كذلك لزم الضامن دعوى المدعى عليه اهـ. وقد علمت بهذا أن التحمل من الأب وغيره في مثل هذا محمول على الحمل إذ لا يقصد به غيره في مثل ذلك لأن الخصم يقصد بذلك التحصين لنفسه فلا معنى لحمله على الحمالة لكون المقام ينبو عنه. وقد قال (خ) في النكاح: ولا يرجع أحد منهم إلا أن يصرح بالحمالة أو يكون بعد العقد الخ. ولا فرق بين الصلح وقيام الزوجة بضررها بعد الخلع وغير ذلك كما مرّ تحصيله في باب الضمان. وفي أواخر الكراس الأول من أنكحة اختصار البرزلي فيمن تزوج امرأة لها دار فأباح له والدها أو أمها أو وصيها السكنى طول العصمة والتزم أحدهم ضمان الدرك في ذمته ثم توفي الضامن فإنه يوقف من تركته بقدر أقل الزوجين عمراً ونحوه في فصل المتعة أوائل النكاح من ابن سلمون ثم قال البرزلي: وهذا إذا فسرنا الدرك بأنه ضمان المال وإن قلنا ضمان الدرك هو العهدة فيما يلحق من درك المحجورة فينظر في هذا حينئذ هل هو صلاح لها أم لا؟ فذكر أن ضمان الدرك على وجهين فانظره.

تنبيه: قال في الطرر: إن صالح الأب عن ابنه الصغير استغنيت في قطع الدعاوى عن ذكر الاسترعاء وبيناته لأن استرعاءه لا يعمل في الصغير لأن إقرار أبيه غير لازم، وإنما يحسن الاسترعاء أن يستجلب به إقرار من يلزمه إقراره لغيره، وكذا الوصي فيمن يلي عليه. البرزلي:

منكراً للحق ولا بينة، فالصلح ببعض الحق حينئذ أولى من ذهاب جميعه، فإن كان الحق شيئاً لا خصام فيه ولا دعوى لم يجز للأب أن يصالح بأقل، إذ ليس بنظر فإن فعل كان للولد أو البنت القيام بحقهما على الغريم إلا أن يكون الأب قد تحمل بالباقي فلهما الرجوع عليه إذا أعدم المدين قاله في المفيد إلا البنت في مسألة واحدة وهي ما إذا طلقت قبل البناء وعفا الأب عن نصف الصداق الواجب لها فلا كلام لها وهي قوله:

ولهذا لا يبرأ عنه إلا في المعينات ولا يعمم الإبراء، وكذا في الأحباس ومن فعل ذلك فهو جهل منه اهـ. وانظر آخر الإقرار من (ح) وسيأتي حكم الوصي ثم استثني من مفهوم الشرط ما إذا عفا الأب عن نصف صداق البكر لأنه وإن لم يكن استثناء صريحاً فهو في قوته فقال:

٣٢٠ـ والبِكْرُ وَحْدَهَا تُخَصُّ هَا هُنَا   بِعَفْوِهِ عَنْ مَهْرِهَا قَبْلَ الْبِنَا

(والبكر) مبتدأ **(وحدها)** حال من الضمير في قوله: **(تخص)** بالبناء للمفعول عملاً بقول ابن مالك. والحال إن عرف لفظاً فاعتقد تنكيره الخ. والجملة خبر **(ههنا)** اسم إشارة للمكان يتعلق بتخص لأنه ظرف **(بعفوه)** يتعلق بتخص أيضاً **(عن مهرها قبل البنا)**ء يتعلقان بعفوه وضميره البارز يعود على الأب فيخرج بذلك غيره من جد ووصي ونحوهما فهذا البيت هو قوله في الخلع:

ولـلأب الـتـرك مـن الـصـداق   أو وضـعـه لـلـبـكـر فـي الـطـلاق

وظاهره جواز عفوه قبل البناء سواء طلقها الزوج أو أراد إمساكها وهو كذلك فيما بعد الطلاق اتفاقاً ظهرت مصلحة أم لا لقوله تعالى: ﴿إلا أن يعفون أو يعفو الذي﴾ [البقرة:٢٣٧] الآية وكذا فيما إذا أراد إمساكها وظهرت المصلحة فيتفق على جواز عفوه كما يتفق على المنع إن تحقق عدمها فإن جهل الحال فمنعه مالك لأن الأصل عدم المصلحة وأجازه ابن القاسم لأن أفعاله محمولة على المصلحة حتى يظهر خلافها. هذا أحد التأويلين والتأويل الآخر يقول: كل من مالك وابن القاسم يقول بجواز عفوه عند جهل الحال لأن فعله حينئذ محمول على المصلحة، ويحمل ظاهر قول مالك لعدم جوازه قبل الطلاق على ما إذا تحقق عدمها كما مرّ، وعلى هذا التأويل فلا خلاف بين الإمامين أصلاً، وبهذا تعلم أن التأويل بالوفاق أرجح لمساعدته لما قالوه في غير ما موضع من أن أفعال الأب محمولة على المصلحة، ولهذا أطلق الناظم رحمه الله ولم يقيد بكونه بعد الطلاق ولا قبله وإلى هذه المسألة أشار (خ) بقوله وجاز عفو أبي البكر عن نصف الصداق قبل الدخول وبعد الطلاق. ابن القاسم: وقبله لمصلحة وهل وفاق: تأويلان الخ. وفهم من قوله قبل البناء أنه ليس له العفو بعده وأحرى بعد الموت إلا أن يكون المحيط بإرثها فإن فعل فلها أو لوارثها نقضه كانت رشيدة أو سفيهة.

(والبكر وحدها تخص ههنا) أي في باب الصلح وإسقاط الحق أو بعضه **(بعفوه)** أي للأب لا غيره من جد أو وصي **(عن مهرها قبل البنا)**ء بدليل قوله الآتي:

ولـلأب الـعـفـو عـن الـصـداق   أو وضـعـه لـلـبـكـر فـي الـطـلاق

لا بعد البناء ولا بعد الموت، فإن فعل كان لها نقضه كما مر، ونص عليه المازري في الموت، وظاهر كلام الناظم: إن للأب أن يعفو عن الصداق قبل البناء طلق الزوج أم لا. وهذا قول ابن القاسم، وقيده قيل بما إذا كان لمصلحة، والمشهور قول مالك أن ذلك إنما هو بعد الطلاق الآية ﴿إلا أن يعفون﴾ الزوجات المالكات لأمرهن ﴿أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح﴾ وهو عند مالك: الأب في ابنته البكر خاصة (خ) وجاز عفو أبي البكر عن الصداق قبل الدخول وبعد الطلاق. ابن القاسم: وقبله لمصلحة وهل هو وفاق؟ تأويلان. هذا حكم الأب يعفو تارة ويصالح أخرى، وأما الوصي فلا يعفو وله أن يصالح إذا كان نظراً للمحجور كما قال:

ثم أشار إلى حكم الوصي وأنه لا يجوز له العفو وإن كان مجبراً وإنما يجوز له الصلح إن كان نظراً فقال:

٣٢١ـ وَلِلْوَصِيِّ الصُّلْحُ عَمَّن قَدْ حَجَرْ يَجُوزُ إلاَّ مَعَ غَبْنٍ أَوْ ضَرَرْ

(وللوصي) يتعلق بيجوز بعده **(الصلح)** مبتدأ **(عمن)** يتعلق بالصلح **(قد حجر)** صلة من والرابط محذوف أي حجره **(يجوز)** خبر المبتدأ **(إلا)** استثناء **(مع غبن)** يتعلق بيجوز أي الصلح عن المحجور للسالم من الموانع المتقدمة يجوز للوصي في كل حال إلا مع غبن أو بخس في حقه الذي يطلبه **(أو ضرر)** في الصلح عما يطالب هو به، وشمل النظم صلحه عن محجوره في يمين القضاء حيث رأى عزيمة الغريم عليها وتعرف عزيمته بقرائن الأحوال. وحاصل البيت أن صلح الوصي عن اليتيم فيما طلب له من حق أو طلب به بأن يأخذ بعض حقه الذي يطلب له إذا خشي أن لا يصلح له ما ادعاه أو يعطي من ماله بعض ما يطلب به إذا خشي أن يثبت عليه جميع ما يطلب به جائز خلافاً لابن الماجشون في أنه يجوز فيما طلب له لا فيما طلب به. ابن رشد: والصواب أن لا فرق بين الموضعين كمذهب ابن القاسم نقله البرزلي في الوكالات وأوائل البيوع ونحوه في الشارح والمفيد وابن سلمون قالوا: وصلحه محمول أبداً على السداد والنظر حتى يثبت خلافه فإن قام أحد يتعقبه نظر فيه السلطان فإن رآه نظراً وسداداً أمضاه وإلاَّ نقضه. وفي المعيار ما معناه أن المحجور إما أن يكون طالباً أو مطلوباً فالأول إن ثبت حقه في الحال أو يرجى ثبوته في المآل، فالصلح ممنوع وإن كان غير ثابت ولا يرجى ثبوته فالصلح مشروع، والثاني إن كان ما يطالب به غير ثابت ولا مرجو الثبوت لم يجز الصلح، وإن كان ثابتاً أو مرجو الثبوت جاز بمثل الحق فأقل على الراجح وهو قول ابن القاسم. وهذا هو معنى ما مرّ عن البرزلي وغيره، وهذا التفصيل يجري في الأب أيضاً فإن صالح الوصي بغير النظر جرى على ما مرّ في الأب وسواء كان صلحهما عن إقرار أو إنكار إذ الصلح بيع فيجري فيه قول (خ): والولي والأب له البيع مطلقاً وإن لم يذكر سببه ثم وصيه وهل كالأب أو إلا الربع فبيان السبب خلاف الخ. وسيأتي مثله للناظم في فصل مسائل من أحكام البيع ثم لا ضمان على الوصي إن باع أو صالح بغبن

(وللوصي الصلح عمن قد حجر) أي عن محجوره ذكراً كان أو أنثى **(يجوز)** حيث سلم من الموانع **(إلا مع غبن)** أي بخس في حقه الذي يطلبه **(أو ضرر)** عليه في الصلح عما يطالب هو به. قال في المفيد: وصلح الوصي على أيتامه جائز نافذ ما لم يكن عليهم فيه غبن وفعله في ذلك على الجواز حتى يثبت خلافه قاله أصبغ عن ابن القاسم وهو الشأن. وحاصل جواب المعيار الذي سماه تنبيه الطالب الدراك في الصلح المنعقد بين ابن صعد والحباك أن المحجور لا يخلو إما أن يكون طالباً أو مطلوباً، وفي كل ثلاثة أقسام فإن كان طالباً والحق ثابت لم يجز الصلح عنه باتفاق، وإن كان الحق غير ثابت ولا يرجى له ثبوت، فالصلح مشروع وإن كان الحق غير ثابت في الحال، ولكن يرجى ثبوته في المآل فالصلح ممنوع، وأما إن كان المحجور مطلوباً فإن كان الحق الذي يطالب به غير ثابت ولا مرجو الثبوت فلا يجوز الصلح بحال، وإن كان الحق ثابتاً جاز الصلح بمثله فأقل، وإن كان يخشى ثبوته فقولان متكافئان. وفي المعيار سئل ابن الفخار عن صلح الوصي عن الإيتاء في يمين

بعد الاجتهاد إن حصل مفوت ولم يمكن تداركه لذهاب من عليه الحق وهو محمول على الاجتهاد حتى يثبت تقصيره كما أنه إذا أنفق التركة على الأيتام ثم ظهر دين فلا غرم عليه قال معناه البرزلي أيضاً، ثم إن مقدم القاضي كالوصي قال في المدونة: وإن لم يكن للطفل اليتيم وصي فأقام له القاضي خليفة كان كالوصي في جميع أموره اهـ. لكن يستثنى من كلامها كما في (ح) عن نص (خ) المتقدم أيضاً أنه أي مقدم القاضي لا يوكل على خلاف فيه تقدم في باب الوكالة، وإذا كان كالوصي فيجري صلحه على صلح الوصي المتقدم إلا أن صلحه محمول على غير السداد كبيعه حتى يثبت السداد، ولا يبعد أن يكون الناظم أطلق الوصي وأراد ما يشمل مقدم القاضي، وأما ناظر المساكين فيظهر أنه كمقدم القاضي إن تبين السداد مضى صلحه ولا يعكر عليه ما في نوازل الصلح من المعيار عن ابن رشد من أنه لا يصالح عنهم إلا من ماله الخاص به لأن ذلك مع ثبوت الحق والله أعلم.

وأما وكيل الغائب فليس له أن يصالح عن موكله الغائب إلا أن ينص له على ذلك وليس للقاضي عزله عن الوكالة ما دام الموكل حياً ولو ثبت ببينة أنه سيىء النظر كما في وكالات البرزلي ونحوه في المعيار، وأما الشريك في الدابة ونحوها يصالح مستحقها مثلاً على مال يدفعه من يده ويسلمها للمستحق، أو بالعكس فإن ذلك لا يلزم الشريك الآخر إلا أن يكونا متفاوضين قاله البرزلي والمعيار أيضاً.

٣٢٢ـ وَلاَ يَجُوزُ نَقْضُ صُلْحٍ أُبْرِمَا   وَإِنْ تَرَاضَيَا وَجَبْراً أُلْزِمَا

(**ولا**) نافية (**يجوز نقض**) فاعل (**صلح**) مضاف إليه (**أبرما**) بضم الهمزة مبنياً للمفعول من أبرمه إذا أحكمه صفة لصلح (**وإن تراضيا**) مبالغة في عدم الجواز (**وجبراً**) مصدر بمعنى المفعول حال من الضمير في (**ألزما**) بالبناء للمفعول ونائبه ألف التثنية العائد على المتصالحين ومفعول الثاني محذوف، والجملة معطوفة على جملة أبرما والمبالغة مؤخرة عنهما في التقدير، ومعناه أنه لا يجوز نقض صلح عن إنكار انبرم بينهما على الوجه الجائز وألزماه جبراً وإن تراضيا على نقضه، ففي البرزلي إذا ثبت الصلح بوجه جائز بعد أن تناكرا، لم يجز نقضه لأنه رجوع عن معلوم إلى مجهول، ومن أحكام ابن حبيب عن مطرف: كل مصطلحين تم صلحهما وأشهدا عليه، ثم أرادا نقضه ويرجعان للخصومة لا يجوز لأنه من وجه المخاطرة، وأجمع أصحابنا عليه اهـ باختصار وعنه أفصح (خ) في الاستحقاق بقوله: وإلاَّ ففي عوضه كالإنكار على الأرجح لا إلى الخصومة واحترزت بقولي عن إنكار عما إذا كان عن إقرار فإنه يجوز نقضه بتراضيهما لأنه إقالة وعنه وقع الاحتراز في النقل بقوله: بعد أن تناكرا وقوله يرجعان للخصومة الخ، إذ لا تناكر ولا رجوع للخصومة في الإقرار وبقولي بوجه جائز عما إذا وقع على وجه فاسد ولو على دعوى أحدهما أو

القضاء؟ فأجاب: لا يجوز حتى يرى أنه يحلف، وإلاَّ لم يجز وتعرف عزيمته بقرائن الأحوال. (**ولا يجوز نقض صلح**) عن إنكار (**أبرما**) على الوجه الجائز ثم أراد أحدهما نقضه بل (**وإن تراضيا**) على نقضه معاً (**وجبراً ألزما**) كل منهما ولا يجوز الرجوع للخصومة، ولهذا استحق المصالح به رجع آخذه بقيمته فإن كان عن إقرار لم يمنع نقضه إذا تراضيا كالإقالة ويستثنى من عدم نقضه في الإنكار

ظاهر الحكم كسلف جر نفعاً أو بيع ذهب بذهب مع أحدهما غيره أو ضع وتعجل، ونحو ذلك فإنه ينقض ولو تراضيا على عدم نقضه وما يقتضيه كلام صاحب المعيار في نوازل الصلح منه أنه نقضه إذا وقع بذهب مع أحدهما غيره إنما هو إذا لم يشهد كل واحد منهما أو أحدهما في وثيقة الصلح بإبطال كل دعوى يقوم بها أو بينة يستظهر بها، وإلاّ فلا ينقض. ولو قام أحدهما بنقضه قائلاً ولا فرق في ذلك بين حق الله وحق العبد لأنه قد كذب دعواه وأبطل بينته الخ غير ظاهر لأنه يسلم أن كل ما فسد على دعواهما أو دعوى أحدهما فسد على ظاهر الحكم، وإذا فسخ الفاسد على ظاهر الحكم مع اتفاقهما على صحته في الظاهر كما مرّ، فكذلك ما كان فاسداً على دعواهما أو أحدهما إذ لا أقل أن يكون بعد رجوع مدعي الفساد إلى صحته بمنزلة الفاسد على ظاهر الحكم الذي نفيا عنه الفساد في الظاهر فإبطال الدعاوى والبينات حينئذ التي توجب نقضه لا يسقط ما أوجبته دعواه أولاً من الفساد ولو كان إسقاط دعواه ثانياً يوجب تكذيب دعواه أولاً ولو في حق الله كما قال: للزم أن المرأة إذا ادعت انقضاء العدة ثم كذبت نفسها أن تصدق في تكذيبها نفسها وأن الرجل إذا استلحق ولداً ثم أراد أن ينفيه بلعان يمكن من ذلك إلى غير ذلك مما يطول جلبه وللزم أيضاً أن تمكنه من أكل الربا الثابت بدعواه الأولى، وأيضاً لا يلزم من إسقاط الدعاوى والبينات تكذيب نفسه فيما ادعاه أولاً كما هو واضح، وقد علمت أن الفاسد على ظاهر الحكم يفسخ على المشهور المعمول به، ولو لم يقم بفسخه أحدهما مع اتفاق دعواهما على صحته في الظاهر لحق الله تعالى فأحرى، هذا وإبطال الدعاوى والبينات إنما يعمل به في حق العبد الذي له إسقاطه بالتزام عدم القيام فيه لا في حق الخالق سبحانه فتأمله منصفاً فالصواب فيما يظهر ما أفتى به غيره من وجوب نقض الصلح المذكور، وبه كنت أفتيت قبل الوقوف على ما للمعيار وغيره في عين النازلة وهي أن وارثاً ادعى في التركة ذهباً وأثاثاً وصالح عن الجميع بذهب، وأسقط الدعاوى والبينات، وهذه المسألة تقع كثيراً وفيها من الربا المعنوي ما أشار له (خ) بقوله: كدينار أو درهم وغيره بمثلها الخ.

ثم استثنى مما قبله فقال:

٣٢٣ـ وَيُنْـقَـضُ الـواقِـعُ فِـي الإِنْـكَـارِ إنْ عَـادَ مُـنْـكِـرٌ إلَـى الإِقْـرَارِ

(وينقض) بالبناء للمفعول **(الواقع)** نائبه على حذف الموصوف أي الصلح الواقع **(في الإنكار)** يتعلق بالواقع **(إن عاد)** شرط **(منكر)** فاعل بعاد **(إلى الإقرار)** يتعلق بعاد، وجواب الشرط محذوف للدلالة عليه ولو قال:

ما أشار له بقوله: **(وينقض الواقع في الإنكار إن عاد منكر إلى الإقرار)** فلو قال: إلا إذا وقع في الإنكار وعاد الخ. والمعنى أن من ادعى على آخر بحق وأنكره فيه فصالحه على بعضه ثم أقر بما قاله المدعي فله نقض الصلح والرجوع إلى تمام حقه. قال عيسى: ويلزم المنكر غرم ما نفى من حق المدعي (خ): ولا يحل لظالم، فلو أقر بعده أو لم يقر وشهدت للمدعي بينة لم يعلمها أو علم بها وهي غائبة غيبة بعيدة وأشهد وأعلن عند الحاكم أنه يقوم بها أو وجد وثيقة بعده أي بعد الصلح يعني: وقد كان أيضاً أشهد وأعلن أنه يقوم بها إن وجدها فله نقضه في هذه الصور الأربع اتفاقاً في

ما لم يقم بعد بكالإقرار فإنه في النقض بالخيار

لكان أصرح في الاستثناء، وأفاد أن موضوع البيت الأول في الإنكار وأن النقض غير واجب بل رب الحق بالخيار وأن مثل الإقرار قيام البينة على ما يأتي والله أعلم. وحاصله أن محل عدم نقض الصلح بعض الحق في الإنكار إذا لم يقم المدعي بإقرار المنكر أو يقيم بينة بالحق لم يعلمها ونحو ذلك، وإلاَّ فله نقض الصلح والرجوع بباقي حقه بعد يمينه أنه لم يعلم بها أو نسيها، وفي معنى ذلك وجود الوثيقة بالحق بعده ولم يكن علم بها وقته أو علم بالبينة وهي بعيدة كخراسان من إفريقية، وأشهد معلناً عند الحاكم أنه يقوم بها أو ادعى تلف الوثيقة، وأشهد معلناً أيضاً أنه يقوم بها إن وجدها، بل ظاهر ابن فتوح والمقصد المحمود وغيرهما أن له النقض في هذه وإن لم يشهد، وكذا إن صالح لبعد بينة جداً وأشهد سراً أنه يقوم بها وفي معناها أيضاً فيما يظهر ما إذا تقدم شعور بالوثيقة وأشهد سراً أنه يقوم بها إن ظفر بها، وكذا إن كان المقر يقر سراً ويجحد علانية خوف أن يطلبه به عاجلاً فأشهد الطالب بينة سراً أو علانية على إنكاره، وعلى أنه إنما يصالحه على التأخير سنة مثلاً ليقر له بالحق علانية ثم صالحه على التأخير المذكور، فإن ذلك التأخير لا يلزمه وله أن يأخذه بحقه عاجلاً، وقد علمت أن المدعى عليه في هذه مقر حال الصلح، ولذلك لم يمكن المدعي من نقض الصلح إلا بتقديم بينة الاسترعاء لاحتمال أن يكون أقرّ له قبل عقد الصلح والتأخير وقع طوعاً وهذا كله يدخل تحت الكاف في قوله بكالإقرار الخ. وقد ألم (خ) بهذه الأمور حيث قال: ولا يحل لظالم فلو أقر بعده أو شهدت بينة لم يعلمها أو أشهد وأعلن أنه يقوم بها أو وجد وثيقة بعده فله نقضه كمن لم يعلن أو يقر سراً فقط على الأحسن لا أن علم ببينة ولم يشهد، أو ادعى ضياع الصك فقيل له: حقك ثابت فأت به فصالحه ثم وجده الخ. والمراد بالبينة ما يشمل الشاهد واليمين كما هو ظاهره، وما قاله الشيخ بناني في حاشيته من أن المراد بها الشاهدان فقط لا يعول عليه لأنه خلاف مذهب ابن القاسم، وقد نقل هو بنفسه عند قول (خ) في القضاء فلا بينة إلا لعذر كنسيان أن المراد بها ما يشمل الشاهد واليمين على مذهب ابن القاسم، ولأن الصلح مآل أو آيل إليه.

واعلم أن كل بينة أشهدتها بغير علم الخصم أن ما تفعله معه فيما يستقبل من صلح أو نكاح أو خلع أو هبة أو بيع فإن ما تفعله ليقر لك أو خوفاً منه أو لغيبة بينتك ونحو ذلك تسمى بينة سر واستحفاظ واسترعاء فقولهم: أشهد سراً أي أستحفظ وأسترعي ثم إن هذا الاستحفاظ

بعضها، وعلى المشهور في بعض كمن لم يعلن ببينته الغائبة واكتفى بالإشهاد سراً أنه يقوم بها والمطلوب منكر أو يقر سراً فقط على الأحسن في هاتين الصورتين لا إن علم ببينته ولم يشهد أو ادعى ضياع الصك فقيل له: حقك ثابت فأت به فصالح ثم وجده، فهذه ثمان صور وقيد في المفيد مسألة البينة الغائبة بما إذا كانت غيبتها بعيدة، وإلاَّ فلا رجوع له ومسألة الإشهاد سراً هي المسماة بالاسترعاء. وحقيقته أن يشهد الإنسان سراً أن ما يوقعه مع خصمه من صلح أو بيع أو غيرهما غير ملتزم له، وإنما يفعله لضرورة الكراهة لخوفه على نفسه أو لفقد بينته أو يستجلب إقرار خصمه، فإن أشهد مع ذلك أنه ملتزم لإسقاط هذا الاسترعاء فهو الاسترعاء في الاسترعاء، وإنما ينفع الاسترعاء مع ثبوت الإنكار أو التقية وخوف المشهد إلا في التبرعات فيقع مطلقاً على المشهور، والله أعلم.

ينفع في التبرعات كالعتق والطلاق بغير عوض والحبس والهبة ونحو ذلك مطلقاً ثبتت التقية أم لا. ويصدق المسترعي فيما يذكره، ولو لم يعرف إلا من قوله كما في ابن سهل وغيره. وأما المعاوضات ومنها طلاق الخلع فإذا أثبت أنه باع له قهراً أو زوجه قهراً أو خالعها قهراً ونحو ذلك بالضرب والسجن أو أنه كان يخوفه بهما حتى عقد معه ما ذكر سواء استمر التخويف إلى العقد أو انقطع قبله بنحو الشهر والشهرين، ثم وقع العقد لأن الأصل الاستصحاب فله نقض ذلك ولو لم يسترع إذ لا يحتاج له مع ثبوت الاستطالة والقهر بالسجن والضرب أو التهديد بهما، وإن لم يثبت القهر بما ذكر بل ثبت في الجملة أنه من ذوي الاستطالة والتعدي أو أنه كان يجحده أو أنه كان يجوز النساء بغير نكاح ونحو ذلك، فهذا لا يقبل من البائع ولا من الولي ولا من المصالح أنه فعل ذلك لجحده أو خوفاً من سطوته إلا بتقدم استرعاء لأنه لا يلزم من جحده وسطوته أن يكون فعل معه ذلك على غير رضا، بل حتى يقوم الدليل عليه من الاسترعاء المذكور، ولا بد من القيام بفور زوال التقية من سطوة ونحوها في جميع الأقسام المذكورة، فإذا سكت بعد زوالها السنة ونحوها فلا قيام له كما في ابن سهل وابن سلمون وغيرهما.

قلت: والذي يوجبه النظر أن الفور هو ما دون الشهر لأن من بيع ماله بحضرته أو وهب وهو ساكت بلا مانع يمضي عليه ذلك بسكوته ولو سكت أقل من شهر وليس له إلا الثمن، وهذا أحرى منه لأنه هو المتولي لتفويته بنفسه.

تنبيه: محل القيام ببينات السر والإعلان التي تقدمت إذا لم يلتزم في وثيقة الصلح أنه متى قام عليه بدعوى أو بينة فدعواه باطلة وبيناته زور المسترعاة وغيرها، وإلا فلا تسمع لهذا المدعي بينة كان عارفاً بها حين الصلح أم لا. بعيدة الغيبة أو قريبة استرعائية أو غيرها قاله في المتيطية أي: لأن الحق في مثل هذا للمدعي والصلح وقع على وجه جائز، فلذا لزمه ما التزمه من إسقاط الدعاوى والبينات بخلاف ما تقدم في البيت قبل هذا والله أعلم. وهذه المسألة أعني مسألة الاسترعاء طويلة الذيل فلنكتف منها بما مر، ومن تعلق له غرض بها، فليراجع الباب الخامس والثلاثين من التبصرة الفرحونية، ونوازل الصلح من المعيار، وشراح نظم العمل عند قوله: وفي المعاوضات الاسترعاء مع الخ وشراح اللامية وغير ذلك.

٣٢٤ـ والـتَّـرِكَـاتُ مَـا تـكُـونُ الـصُّـلْـحُ   مَـعْ عِـلْـمِ مِـقْـدَارٍ لَـهـا يَـصِـحُّ

(والتركات) مبتدأ **(ما)** موصولة **(تكون)** بمعنى توجد صلتها والموصول صفة للتركات أي والتركات التي توجد ويجوز أن تكون ما خبر تكون الناقصة واسمها ضمير التركات والجملة في محل نصب حال أي والتركات أي شيء تكون أي كائنة أي شيء عيناً أو عرضاً أو طعاماً أو مختلفة **(الصلح)** مبتدأ ثان **(مع)** بسكون العين يتعلق بالصلح **(علم مقدار)** مخفوضان بالإضافة

(والتركات ما تكون) أي كيفما كانت عيناً أو عرضاً أو طعاماً أو مختلفة **(الصلح مع علم مقدار لها يصح)** فإن جهل مقدارها لم يجز الصلح للغرر، وهذا معلوم من قوله: وهو كمثل البيع فإن سقط من العقد معرفة القدر وادعى أحد المتعاقدين الجهل به في الصلح أو غيره لم يصدق ولا يمين له على الآخر إلا أن يدعي عليه معرفته بجهله فيحلف فإن نكل حلف المدعي وفسخ العقد عن نفسه.

(لها) يتعلق بمقدار أو بمحذوف صفة له **(يصح)** خبر المبتدأ الثاني والثاني وخبره خبر الأول والرابط الضمير في لها وشمل كلامه صلح الزوجة وغيرها من سائر الورثة إذ ما قيل في الزوجة يقال في غيرها، وحينئذ فإذا كانت التركة نوعاً واحداً كطعام أو عرض مثلاً جاز أن يصالح به في ذلك النوع بعد معرفة قدره بأقل أو أكثر من حظه فيأخذ بعض حظه ويسلم الباقي أو يأخذ فيه شيئاً من عند الوارث إن جاز بيعه به لا نحو حيوان بلحمه من جنسه كما مرّ، وإن كانت التركة أنواعاً ففي المدونة: ومن مات وترك زوجة وولداً وخلف دنانير ودراهم حاضرة وعروضاً حاضرة وغائبة وعقاراً فصالح الولد الزوجة على دراهم من التركة، فإن كانت قدر موروثها من الدراهم فأقل جاز اه. اللخمي: لأنها أخذت حظها أو بعضه في الدراهم ووهبت نصيبها في الدنانير والعروض الحاضرة والغائبة والعقار فيراعى فيها الحوز أبو الحسن: وكذا إن صالحها على عروض قدر موروثها فأقل أو على دنانير كذلك، وقولها ودراهم حاضرة يؤخذ منه أن النوع المأخوذ منه لا بد من حضوره وهو كذلك، لأنه إن كان بعضه غائباً لزم النقد بشرط في الغائب. نعم إن صالحت على أن تأخذ ما صالحت به من الحاضر والغائب جاز ذلك، ولو كان الغائب ديناً والمدين غير مقر لأنها حينئذ تبعت ميراثها في ذلك النوع وتركت ما سواه بغير عوض، وأما غير النوع المأخوذ منه فلا يشترط حضوره ولا معرفة قدره ولا إقرار المدين الذي هو في ذمته كما يفهم من قولها: وعروضاً حاضرة وغائبة. وقد صرح بذلك اللخمي وذلك لأنه هبة وهبة المجهول والغالب جائزة، وقد تبين بهذا أن علم المقدار إنما يشترط في النوع المأخوذ منه لا في غيره خلاف ظاهر إطلاق الناظم، وظاهره أيضاً جواز الصلح مع علم المقدار كانت نوعاً واحداً أو أنواعاً من التركة أو من غيرها وليس كذلك، فإنه إذا كانت أنواعاً كما في المثال لا يجوز الصلح من غيرها مطلقاً كان المصالح به ذهباً أو فضة أقل من نصيبها أو أكثر وعن ذلك احترز في المدونة بقوله: من التركة وذلك لما فيه من بيع ذهب بذهب مع أحدهما غيره إن كان الصلح بذهب أو بيع فضة بفضة كذلك إن كان الصلح بها. نعم إن وقع صلحها في المثال المذكور بعرض من غيرها جاز إن عرفت الزوجة والولد قدر جميع التركة وحضر جميعها حقيقة في العين والعرض، ولو حكماً بأن كان قريب الغيبة وأقر المدين بما عليه إن كان فيها دين وحضر المدين وقت الصلح كما أشار لذلك **(خ)** بقوله: لا من غيرها مطلقاً إلا بعرض إن عرفا جميعها وحضر وأقر المدين وحضر الخ. وانظر بقية ما يتعلق بذلك في شروحه ونحوه قول المدونة: فأما على عروض من ماله نقداً فذلك بعد معرفتها وحضور أصنافها وحضور من عليه الدين وإقراره وإن لم يقفا على معرفة ذلك كله لم يجز اهـ ابن ناجي: وظاهرها يتناول أنهم لو اتفقوا على أنهم اطلعوا على جميع التركة ولم ينصوا عليها بالتسمية أنه كافٍ، وأفتى شيخنا رحمه الله غير ما مرة بعدم الجواز إلا مع التسمية وهو بعيد اهـ. قال (ح): انظر لو صالحها على عرض من التركة مع وجود الشروط التي ذكر في معرفتها لجميع المتروك الخ. فذلك جائز والله أعلم اهـ. ولعله لذلك أطلق **(خ)** في العرض. ومفهوم قوله: مع علم مقدار أنه إذا جهل قدرها وهي نوع واحد أو جهل قدر المأخوذ منه أو كانت أنواعاً لم يجز وهو كذلك لما قدمه من أن الصلح مثل البيع، ومن جملة ما يتقي في البيع الجهل، ولذا كان الأنسب أن يذكر هذا البيت في الأبيات المذكورة قبل هذا الفصل لأنه باعتبار مفهومه من جملة ما امتنع في البيع.

تنبيه: إن سقطت معرفة القدر من وثيقة الصلح أو البيع أو غيرهما بما يتقى فيه الجهل فلا يمين لمدعيه على نافيه بحال إلا أن يدعي على نافيه أنه كان عالماً بجهله فتجب له اليمين عليه. فإن حلف وإلاَّ حلف مدعيه وفسخ العقد عن نفسه، فإن اعترف الخصم أنه كان عالماً بجهل صاحبه عند العقد وجب الفسخ لفساد العقد حينئذ ولو تراضيا على إتمامه، وهذا إذا عين مدعي العلم قدره، وإلاَّ فيسأل مدعي العلم عن قدره كحظ من ميراث يحتاج في جمعه إلى إعمال حساب وفريضة، وليست الفريضة عندهما فيقول الموثق باع له جميع حظه المنجز له بالإرث من كذا. وفي الوراثة مناسخات فإن عرفه مدعي العلم جرى على ما مرّ وإلاَّ فيفسخ من غير يمين كذا ينبغي ولم أره منصوصاً، وتقع هذه المسألة كثيراً في البوادي وبعض الحواضر إذ كثيراً ما يبيعون حظوظ المواريث قبل حسابها وضرب فريضتها ويكتب موثقوهم باع له جميع حظه، ولا يبين قدره فتأمل هذا مع ما تقدم عن ابن ناجي وشيخه، فلعل ما قاله شيخه إنما هو عند النزاع أي لا بد من التسمية منهما معاً حينئذ، وإلا فلا. وحينئذ فلا فرق في مثل هذا بين أن يقول في الوثيقة عرفاً قدره أم لا والله أعلم.

٣٢٥ـ وَلاَ يَجُوزُ الصُّلْحُ بِاقْتِسَامِ ما فِــي ذِمَّــةٍ وإنْ أَقَــرَّ الــغُــرَمَــا

(ولا يجوز الصلح) فعل وفاعل (باقتسام) يتعلق بيجوز (ما) موصول مضاف إليه وهي واقعة على الدين عيناً كان أو غيره (في ذمة) يتعلق بمحذوف صلة (وإن أقر الغرما)ء جملة شرطية إغيائية حذف شرطها للدلالة عليه، وظاهره أنه لا يجوز ذلك، ولو اتحدت الذمة وليس كذلك. فلو قال بذمم بدل قوله في ذمة لطابق النقل. قال في المدونة: وإن ترك ديناً على رجال لم يجز للورثة أن يقتسموا الرجال فيصير ذمة بذمة وليقتسموا ما على كل رجل قال مالك: سمعت بعض أهل العلم يقول: الذمة بالذمة من وجه الدين بالدين. وقولها وليقتسموا ما على كل رجل الخ. زاد الأجهوري كما في طفي أي حيث جاز بيعه كما هو الظاهر اهـ. أي بأن يكون الدين مختلفاً جنسه كعين وعرض مثلاً على واحد فيأخذ أحدهما العين والآخر العرض، فإن كان عيناً فقط كذهب وفضة فلا يجوز قسمه على أن يأخذ هذا الذهب والآخر الفضة لما فيه من الصرف المؤخر، وأما إن كان نوعاً واحداً كعرض فقط أو ذهب فقط مثلاً أو أنواعاً على رجل أو رجال، واتفقوا على أن كلاً يقتضي نصيبه من النوع الواحد أو النوعين، فيجوز كما يدل له ما في المدونة في الشركاء يشخص أحدهم للاقتضاء بعد الإعذار إليهم في الخروج أو التوكيل فيمتنعون من أنهم لا يدخلون مع الشاخص فيما اقتضى ولو توى ما على الغريم. أبو الحسن: دلت هذه المسألة على جواز قسمة ما على الغائب اهـ. وكذا صرح به ابن حبيب. وتوى: بالتاء المثناة فوق

(ولا يجوز الصلح باقتسام ما في ذمة) أي ذمم، فالمراد الجنس بقرينة الجمع في قوله: (وإن أقر الغرما)ء والمعنى أنه إذا كان في التركة ديون على أناس لم يجز للورثة اقتسامها على أن يخرج كل واحد منهم مع مدين، وإن حضر للغرماء كلهم وأقروا، بل تبقى الديون بينهم وما اقتضوا منها اقتسموه، ومن صالح منهم عن بعض حقه فللآخر الدخول معه إلا أن يسلموا له، وأما اقتسام ذمة واحدة فجائز كأن يكون في ذمة رجل عين وعرض فيخرج أحد الورثة بالعين والآخر بالعرض. وهذه المسألة واللتان بعدها ليست من باب الصلح، وإنما هي من باب القسمة وهناك ذكرها غير واحد.

التلف والهلاك لا بالمثلثة لأنه من الإقامة، ومفهوم قوله باقتسام ما في ذمة الخ. أن الصلح باقتسام العرض الحاضر بما في الذمة جائز فمن ترك عروضاً حاضرة وديوناً جاز أن يأخذ بعض الورثة العروض والآخر الديون إن حضر الغرماء وأقروا، أو جمع بينه وبينهم والأحكام تنالهم وهم أملياء (خ): وجاز أخذ وارث عرضاً وآخر ديناً إن جاز بيعه الخ.

تنبيه: إذا وقع الصلح باقتسام ما في الذمة أو الذمم على الوجه الفاسد فاقتضى أحدهم حصته فللآخرين الدخول معه، كما إذا اقتضى أحدهم حقه من غير قسمة أصلاً أو صالح عنها إلا أن يكون المقتضي أو المصالح أعذر إليهم في الخروج أو التوكيل فامتنعوا كما مرّ عن المدونة وهو قول (خ) وإن صالح أحد وليين وارثين وإن عن إنكار فلصاحبه الدخول معه الخ. وإذا دخل معه وطلب الشاخص أجرة الاقتضاء من صاحبه وجبت له بعد حلفه أنه ما خرج لذلك متطوعاً كما لابن الحاج. قال البرزلي: إلا أن تشهد العادة أن مثله لا يأخذ الأجرة فيما ولي فعله اهـ. وهذه المسألة والتي بعدها لهما تعلق ببابي الصلح والقسمة وفي القسمة ذكرهما أكثرهم.

٣٢٦ـ والـزَّرْعُ قَـبْـلَ ذَرْوِهِ والـثَّـمَـرْ ۞ مَـا دَامَ مُـبْـقَـى فِـي رُؤُوسِ الـشَّـجَـرْ

(والزرع) بالخفض عطف على ما أي لا يجوز الصلح باقتسام ما في الذمة ولا باقتسام الزرع **(قبل ذروه)** والظرف يتعلق باقتسام **(والثمر)** معطوف على ما قبله يليه **(ما)** ظرفية مصدرية تتعلق باقتسام **(دام)** صلتها واسم دام يعود على الثمر **(مبقي)** بسكون الباء خبرها **(في رؤوس الشجر)** يتعلق بمبقي ومعناه أنه لا يجوز قسم الزرع في الأندر **قبل** تصفيته ولا الثمر في رؤوس الأشجار بعد بدو صلاحه بالتحري لأنهما ربويان والشك في التماثل كتحقق التفاضل، بل حتى يصفى الزرع ويجنى الثمر ويقسم كل بمعياره فإن وقع واقتسموه جهلاً لم يجز، وكان على الشركة وما أصابه من جائحة فبينهم وشمل قوله قبل ذروه قسمه في فدانه بعد بدو صلاحه، ولو قسم بأرضه أو قتاً أو زرعاً للعلة المذكورة، وأما قبل البدو فيجوز قسم كل من الزرع والثمر على الجد لا على التبقية، ولا مفهوم لقوله في رؤوس الشجر بل قسمه كذلك في جرينه أو غيره بالتحري للعلة السابقة ويستثنى من قوله ما دام مبقي الخ. أما إذا اختلفت حاجة أهله مع بقية الشروط المشار لها بقول (خ) إلا الثمر والعنب إذا حل بيعهما، واختلفت حاجة أهلهما وإن بكثرة أكل وقل وحل بيعه واتحد من بسر ورطب لا تمر وقسم بالقرعة بالتحري.

٣٢٧ـ ولاَ بِـإِعْـطَـاءِ مِـنَ الـوُرَّاثِ ۞ لِـلـعَـيْـنِ فِـي الـكَـالِـىءِ والـمِـيـرَاثِ

(ولا بإعطاء) معطوف على قوله باقتسام في البيت قبله ولا لتأكيد النفي أي: ولا يجوز الصلح باقتسام بما في الذمة ولا بإعطاء **(من الوراث)** يتعلق بإعطاء **(للعين في الكالىء)** بالهمز

(و) لا يجوز الصلح باقتسام **(الزرع)** في الفدان أو في الأندر **(قبل ذروه و)** لا باقتسام **(الثمر ما دام مبقى في رؤوس الشجر)** بل حتى يصفى الزرع ويجنى الثمر ويقسم بمعياره من كيل أو غيره، فإن اقتسم الورثة جهلاً لم يجز وكان ذلك على الشركة، وما أصابه من جائحة فعلى جميعهم قاله المتيطي، وقال أيضاً: ولا يجوز أن ينعقد الصلح مع الزوجة عن الكالىء ولا الميراث صفقة واحدة بدراهم أو دنانير من عند الورثة كما قال الناظم: **(ولا بإعطاء من الوارث، للعين في الكالىء**

يتعلقان بإعطاء أيضاً والمجرور الأول مفعول ثان لإعطاء، ومفعوله الأول محذوف تقديره الزوجة (والميراث) معطوف على الكالىء وموضوع النظم أنه ليس في التركة ذهب ولا ورق ولا دين على غائب ولا سلم في طعام ولا شيء غائب ووقع الصلح بعد المعرفة بجميع ما في التركة من عقار وأثاث ورقيق وحيوان ونحو ذلك بدنانير أو دراهم من عند الوارث في الكالىء والميراث صفقة واحدة كما في المتيطية والوثائق المجموعة والعلة في ذلك الجهل بالقدر المشترك كما يأتي، ولا مفهوم للصلح ولا للكالىء بل المدار على وجود الدين، ففي الوثائق المجموعة أوائل بيوعها ما نصه: وإذا أوصى بقطيع من ماله أو كان عليه دين لم يجز لأحد من الورثة قبل أداء الدين أو تنفيذ الوصية بيع شيء من التركة لا مشاعاً ولا مقسوماً وإن باع شيئاً وإن قل فسخ البيع لقوله تعالى: ﴿من بعد وصية يوصي بها أو دين﴾ [النساء: ١٢] اهـ وقال فيها أيضاً في باب الصلح: ولا يجوز الصلح بدنانير أو دراهم صفقة واحدة عن الكالىء والميراث لأن الجهل يدخله إذ لا ميراث إلا بعد أداء الدين، وينبغي أن يباع من التركة بقدر الدين ويعرف ما بقي بعد ذلك ويقع الصلح على نصيبها منه ولعله يباع في الكل ثلث العقار أو ربعه أو سدسه أو من العبيد والإماء والوطاء وغير ذلك، فلا يدري كم يباع في الدين من التركة فإذا لم يعرف وقع الجهل في نصيبها من الباقي اهـ. ونحوه في المتيطية قائلاً: وهكذا روى أشهب وقاله ابن العطار وابن زرب وفضل بن مسلمة وغيرهم من الموثقين، وفهم من قول الناظم في الكالىء والميراث الخ. أنها أعطيت أكثر من مبلغ صداقها إذ حينئذ تكون العين في مقابلة الكالىء والميراث. وأما إن كان ما أعطيته قدر كالئها فأقل فيجوز لأنها أخذت صداقها أو بعضه ووهبت الباقي قاله أبو الحسن في بعض أجوبته.

قلت: لأنه يجوز للوارث أن يؤدي الدين من عنده لتسلم له التركة إذ رب الدين لا حق له في عينها وهنا كذلك لأنهم أدوا الدين أو بعضه لتسلم الزوجة لهم فيما عداه، وظاهر قوله من الوراث أن العين من عندهم وهو كذلك لأن الموضوع أنه لا عين في التركة كما مرّ، فإن كان فيها عين وصالحوها على عين من عندهم فلا يجوز أيضاً كما مرّ عند قوله: والتركات ما تكون الصلح. الخ. وما أحسن تقديم هذا البيت هناك لما بينهما من الارتباط ولأن هذا مفهوم ما هناك وإن صالحها على عين منها فإن كان قدر كالئها فأقل جاز، وكذا إن كان بأكثر من كالئها، ومن ميراثها في العين لأنهم أدوها كالئها وميراثها في العين من العين والزائد على ذلك في مقابلة ما ينوبها في غيرها، والفرض أنهم أحاطوا بمعرفة جميع المتروك ولا دين ولا سلم في طعام كما مرّ، ومفهوم قوله للعين أنه إذا كان بإعطاء عرض فإن كان من عندهم فكذلك لأن العلة السابقة تأتي فيه، وإن كان منهما جاز لأنه إن كانت قيمته قدر الكالىء أو أقل فواضح وإن

والميراث) لما يدخله من الجهل، ولعله يباع فيما صولحت به ثلث العقار أو ربعه أو سدسه أو من العبيد أو الإماء أو غيرها ما يذهب بأكثر المال فلا يدرك المصالح عنه وهو الباقي، بل ينبغي أن يباع من التركة بقدر الدين ويؤدي ويعرف ما بقي ثم يقع الصلح على نصيبها منه وهذا كله إذا كان المصالح به أكثر من صداقها، فإن كان قدره أو أقل جاز صلحهم لها قاله أبو الحسن مقيداً به المتغ المذكور وهو قيد لا بد منه.

كانت أكثر فالظاهر الجواز أيضاً في الموضوع المذكور لأنها اشترت العرض بكالئها وبنصيبها من الميراث في غيره فتأمله، ومفهوم قوله في الكالىء والميراث أنه إذا كان في صفقتين جاز أيضاً، وكيفية وثيقتها أشهدت فلانة وبنوها فلان وفلان وهم المحيطون معها بوارثة المتوفى فلان أنها طلبت بنيها المذكورين بميراثها في أبيهم المذكور وبكالئها عليه قدره كذا، وقد خلف داراً في محل كذا حدودها كذا وأملاكاً بقرية كذا مجاورة لكذا ومملوكة تسمى كذا ونعتها كذا وطعاماً قمحاً وشعيراً مبلغ القمح كذا والشعير كذا بكيل كذا ودواب بغلاً كذا وصفته كذا وفرساً كذا وصفته كذا. وتنازعوا في بعض ذلك ثم صالحت عن كالئها المذكور بعرض كذا صفته كذا وقبضته بعد معرفتها بقدره ومبلغه ثم صالحت عن ميراثها المذكور بكذا وكذا ديناراً قبضتها منهم على فرائضهم في المتوفى، وبحسب ذلك يكون اشتراكهم فيما خرجت لهم عنه على البراءة من العهدة في الرقيق المذكورين وقبض المصالحون المذكورون جميع التركة المذكورة وقطعت فلانة حجتها عنهم فيها وفي كالئها، ولم يبق لها دعوى ولا مطلب حق بوجه بعد معرفتهم أجمعين بقدر ما تصالحوا عليه وما قطعت عنهم الدعوى فيه وتساقطوا البينات المسترعاة وغيرها. والاسترعاء في الاسترعاء واعترف جميعهم أنه ليس في التركة ذهب ولا ورق ولا دين على غائب ولا سلم في طعام ولا شيء غائب فمتى قام أحدهم بدعوى متقدمة على هذا فهي باطلة وبيناته زور آفكة شهد عليهم الخ. هكذا في الوثائق المجموعة والمتيطية ثم قال بإثر ذلك: ولا يجوز الصلح بدنانير أو دراهم في صفقة واحدة عن الكالىء والميراث إلى آخر ما تقدم، وقد علمت أنه إذا وقع صفقتين لا فرق بين أن يكتب في كتاب واحد ويوم واحد كما هنا أو كتابين ويومين، وظاهرهما أن العرض الذي أعطيته في الكالىء كان من التركة أو من عندهم وهو ظاهر لأنهم أدوا الدين لتسلم لهم التركة وظاهرهما أيضاً أنهم إن صالحوها عن ميراثها بعرض منها أو من غيرها لم يمنع، وأنه لا مفهوم للدنانير والدراهم إذ المدار على تعداد الصفقة لانتفاء الجهل بتعددها، وينبغي أن يقيد المنع مع اتحادها بما إذا لم يقوم كل فرد من أفراد المتروك على حدته أما إن قومت وضعت قيمتها وعلم قدر جملتها فيجوز في الموضوع المذكور لانتفاء علة المنع حينئذ والله أعلم.

تنبيهان. الأول: بما مر من النص المتقدم يظهر لك ما في قول أبي الحسن في شرح المدونة ما محصله قالوا: لا يجوز الصلح على الكالىء والميراث صفقة واحدة وإنما يجوز صفقتين ولا فرق عندي بين الصفقة الواحدة والصفقتين لأنه مجهول حتى الآن إلا أن يخرج ما ينوب الكالىء فحينئذ يصح هذا اهـ. لما علمت من أنه لا يمكن تصوره صفقتين إلا بإخراج ما ينوب كل واحد منهما كما مر فتأمله.

الثاني: ظاهر الوثائق المجموعة أوائل البيوع حسبما مرَّ أن البيع يفسخ إن وقع قبل أداء الثمن وإن التزمه الورثة وكان في الباقي وفاء بالدين وهو رواية أشهب عن مالك، وقال ابن القاسم: لايفسخ إن التزم الورثة الدين. ابن رشد: وهو أظهر لأنه اختلف في فساد البيع إذا طابقه نهي فكيف إذا لم يطابقه، وفي المعيار والدر النثير عن أبي الحسن في ورثة باع أحدهم نصيبه من الملك قبل أن يخرج الدين ما نصه: إن التزم الورثة الدين الآن فقال ابن القاسم: لا يبطل البيع ولا تضرهم الجهالة. وقال أشهب: يبطل ثم إن لم يلتزم الورثة الدين فحينئذ يباع

من التركة بمقدار الدين ويبقى الباقي له منه ما اشترى ويرجع لما استحق من يده اهـ. وقال في الشامل: وأصله للمازري ومنع وارث من بيع قبل وفاء دين فإن فعل ولم يقدر الغرماء على أخذ دينهم إلا بالفسخ فلهم ذلك إلا أن يدفعه الوارث من ماله على الأشهر اهـ. زاد المازري. لأن النهي عن البيع لحق المخلوقين وقد سقط اهـ. وهذا إذا علموا بالدين أو كان الميت مشهوراً به وإلا لم ينقض البيع ويتبع الغرماء الورثة بالثمن كما في المدونة والقسمة كالبيع انظر (ح) وشرح الشامل في الفلس والقسمة، وسيأتي نص المازري الذي اختصره في الشامل آخر الفلس، وقد أشرنا في باب القسمة من هذا الشرح إلى أن بيع الورثة ماض كان بمحاباة أم لا؟ فانظره هناك.

وإذا تقرر هذا فلا يفسخ الصلح المذكور في النظم على ما لابن القاسم لأن الورثة قد أسقطوا حقهم، وهذا على فرض كون الصلح في مسألتنا كالبيع ولم يظهر لي لأنه إذا فرضنا أن التركة ثلاثة أثواب وفرس مثلاً والأولاد سبعة ذكور والزوجة لها عليه من الكالىء ثلاثة دنانير فصالحوها بأربعة دنانير صفقة عن الجميع فقطعاً هي قد باعت نصيبها بعضه للدين وهو ثلاثة أرباعه وبعضه لغيره وهو الربع في المثال المذكور، ولا علينا كان نصيبها يساوي ذلك أو يزيد عليه أو ينقص عنه لأن ذلك راجع للغبن وهو جائز، وكذا الأولاد باعوا ثلاثة أرباع أنصبائهم للدين وبقي لهم الربع واشتروا ثلاثة أرباع أنصبائهم لأنفسهم كما اشتروا نصيب الزوجة المبيع للدين ولغيره فهم بائعون مشترون وهي بائعة فقط فلا جهل لا من جهتها ولا من جهتهم إلا من جهة كون قيمة المبيع قدر الثمن أو أقل أو أكثر، وذلك لا يضر في البيعات وإذا صح هذا في المثال المذكور فكذلك غيره في الأمثلة فأي جهل حينئذ يؤدي لفسخ الصلح المذكور، وقديماً كنت متأملاً في فسخ الصلح وأدائه للجهل فلم يتبين لي وجه الجهل فيه بحال لأن كون الأمر آل في المثال المذكور إلى أن المبيع للدين ثلاثة أرباع المتروك وبقي ربعه باعت الزوجة نصيبها منه بدينار إذ ما زاد على الدين هو ثمن باقي واجبها. وأما مسألة بيع الورثة قبل الدين فليست كهذه كما هو واضح ومنشأ الخلاف فيها هل النهي عن البيع قبل الدين لحق الله أو لحق المخلوقين؟ وذكر ابن عرفة في باب الفلس القولين، ونقل عن ابن محرز أن كونه لحق المخلوقين أشبه بظاهر الكتاب، وكلام الشامل مع كلام أبي الحسن المتقدم أول التقرير وفتواه المذكورة هنا يدلان على أرجحيته، ولذلك فرعنا عليه بعض ما تقدم، وإذا علمت هذا فتأمل وجه كون الصلح في مسألتنا مثل البيع قبل الدين مع أن رواية أشهب إنما هي في منع البيع قبل الدين كما في ابن عرفة وغيره لا في الصلح الذي مرّ تفسيره، وإن كان نقل المتيطي يقتضي أنها في الصلح وأن الموثقين قالوا بها كما مرّ لأنهم إن قالوا ذلك إجراء فلم يظهر وجه المساواة إذ البيع في الصلح هنا للدين لا قبله، والزوجة قد بقي لها من نصيبها فباعته بنسبة ما زيد لها على الدين ونسبة ذلك قد بقي لكل وارث مما بيده كما رأيته وذلك لا جهل فيه، ولعله لذلك عبر في الوثائق المجموعة بقوله: وينبغي أن يباع الخ. المؤذنة بعدم الوجوب، ولو فرضنا أن الصلح وقع بالدين فقط لكان المبيع فيه هو جميع المتروك، ولو كان فيه فضل لأن ذلك الفضل يسلك فيه بالنسبة للزوجة سبيل المحاباة والهبة، وكذا لو أخذت بعض دينها لكان جميع المتروك مبيعاً بذلك البعض أيضاً، وإن كانوا قالوا ذلك لكون روايته في صلح النازلة بالخصوص فليس لنافيه إلا محض التقليد، والتمسك حينئذ بمذهب ابن القاسم أولى لأنه إذا كان مذهبه أرجح في البيع قبل الدين فكذلك

هذا الصلح أو أحرى لأنه بيع للدين، ولهذا والله أعلم لم يعرج (خ) ولا ابن عرفة ولا غيرهما من غالب المحققين على مسألة الصلح المذكورة.

٣٢٨ـ وَحَيْثُ لاَ عَيْنَ وَلاَ دَيْنَ وَلاَ كَالِىءِ سَاغَ مَا مِنْ إِرْثٍ بُذِلاَ

(**وحيث**) ظرف مضمن معنى الشرط خافض لشرطه منصوب بجوابه (**لا**) نافية للجنس (**عين**) اسمها وخبرها محذوف أي موجودة في التركة (**ولا دين**) إعرابه كالذي قبله والجملة معطوفة على الجملة قبلها (**ولا كالىء**) يقال فيه ما قيل في الذي قبله (**ساغ**) جواب حيث (**ما**) فاعل ساغ (**من إرث**) بيان لما (**بذلا**) بالبناء للمفعول صلة ما والمعنى أنه إذا لم يكن شيء مما ذكر في التركة، فإنه يجوز الإرث الذي أعطي للزوجة من التركة قلّ أو كثر صلحاً عن واجبها فيها كما لو كان فيها عرض وطعام وعقار فأعطيت العرض أو بعضه صلحاً عن اتباع نصيبها فيما عداه كانت قيمته أقل من قيمة نصيبها في الجميع أو أكثر أو مساوية، ويجوز أن تكون من ليست بياناً لما بل بمعنى عن تتعلق بقوله بذلا أي ساغ الشيء الذي بذل لها عن إرثها من عند الوارث سواء كان المبذول عيناً أو غيرها بشرط أن يجوز بيعه بها لا بلحم مثلاً من غيرها، وفيها حيوان من جنسه أو العكس كما مرّ فأطلق اتكالاً على ذلك. ومفهوم ولا عين أنه إذا كان فيها عين لم يجز بعين من عند الوارث، بل بعرض كما مرّ تفصيله مع مفهوم قوله: ولا دين عند قوله: والتركات ما تكوّن الخ. ولذا كان الأنسب تقديم هذا البيت، والذي قبله هناك، ومفهوم ولا كالىء هو البيت الذي قبله حيث لم يكن فيها عين أو دين، وإلاَّ فقد تقدم تفصيله أيضاً.

٣٢٩ـ وَإِنْ يَفُتْ ما الصُّلْحُ فِيهِ يُطْلَبُ لَمْ يَجُزِ إلاَّ مَعْ قَبْضٍ يَجِبُ

(**وإن يفت**) شرط وفعله (**ما**) موصولة فاعل يفت (**الصلح**) مبتدأ (**فيه**) يتعلق بقوله (**يطلب**) بالبناء للمفعول خبر المبتدأ والجملة صلة ما والرابط المجرور بفي (**لم يجز**) جواب الشرط وفاعله ضمير يعود على عقد الصلح (**إلا**) استثناء من مقدر أي لم يجز مع حال من الأحوال إلا (**مع**) يتعلق بيجز كقولك: ما مررت إلا مع زيد (**قبض**) مضاف إليه (**يجب**) في محل الصفة لقبض، والمعنى أنه إذا فات الشيء الصلح الذي يطلب فيه وهو المصالح عنه لم يجز عقد الصلح فيه إلا مع قبض يجب للمصالح به كما إذا غصبه عبداً أو سرقه ثوباً، وفات ذلك بذهاب عينه

(**وحيث لا عين**) في التركة (**ولا دين**) على المالك لغير الزوجة (**ولا كالىء**) وهو دين لكنه لها (**ساغ ما من إرث بذلا**) أي ساغ الصلح بما أعطي للزوجة عن إرثها ولا بد من انتفاء الموانع التي تقدم التنبيه عليها فالرمي به إجمالاً غير لائق.

(**وإن يفت ما الصلح فيه يطلب**) أي المصالح عنه يعني أن من ادعى على أحد أنه غصبه ثوباً أو عبداً مثلاً وفات ذلك عند المدعى عليه بموت أو تلف وأراد أن يصالحه بطعام أو حيوان أو عرض آخر (**لم يجز**) الصلح (**إلا مع قبض يجب**) في ذلك المصالح به ناجزاً لأنه لما فات المغصوب وجبت القيمة ديناً على الغاصب، فأخذ شيء عنها إلى أجل فسخ دين في دين، ولذا لو صالحه بدراهم مثل القيمة أو أقل إلى أجل جاز، وقد أفصح (خ) عن المسألة واستوفى المقصود منها إذ قال: وإن صالح بمؤخر عن مستهلك لم يجز إلا بدراهم كقيمته فأقل أو ذهب كذلك وهو مما يباع به، ومفهوم إن لم

ونحو ذلك فلا يجوز الصلح في ذلك إلا بقبض المصالح به ناجزاً لأنه لما فات ترتبت قيمته ديناً في ذمة المتعدي فالصلح عنه صلح عن القيمة فلا يجوز بالتأخير إلا بدراهم قدر قيمته أو أقل أو ذهب كذلك وهو مما يباع به كما مرّ مستوفى تفصيله في التنبيه قبل هذا الفصل، ومفهوم أن يفت أنه لو كان قائماً جاز ولو بالتأخير وهو كذلك.

٣٣٠ـ وَجَائِزٌ تَحَلُّلٌ فِيمَا ادُّعِي وَلَمْ تَقُمْ بَيِّنَةٌ لِلْمُدَّعِي

(**وجائز**) خبر عن قوله (**تحلل**) سوغ الابتداء به تعلق (**فيما ادعي**) به ويجوز أن يكون جائز مبتدأ وتحلل أغنى عن الخبر على مذهب من لا يشترط الاعتماد وادعي صلة ما والعائد محذوف أي به وجملة قوله: (**ولم تقم بينة للمدعي**) حالية أي لم تقم له بينة أصلاً مع جهلهما بقدره، فإن قامت به ورجع أحدهما لقولها: فالصلح حينئذ حقيقي يعتبر في جوازه الشروط المتقدمة فقوله فيما ادعى الخ يدخل فيه ما إذا جهل أو نسي كل منهما قدر المدعي به مع اعترافهما بأصل وجوده أو به بينة ولم يرجع أحدهما لقولها، وما إذا علماه وسماه المدعي دون الآخر، ولا بينة أيضاً أو به بينة ولم تعين قدره على القول بعدم قبولها كما مرّ عند قوله: ولم يحقق عند ذاك العدذا الخ. وسواء كان المدعى به حظاً في عقار أو غيره لا في هذا ولا فيما إذا جهلا معاً لكن فيما إذا سماه المدعي وعلمه دون الآخر لا بد من اعتبار شروط الصلح، لأن الآخر إما أن يكون منكراً لما ادعى به عليه جملة فيكون افتداءاً من اليمين أو مقراً به لا بقدره أو به وبقدره والكل داخل في قوله:

وهو كمثل البيع في الإقرار كذاك للمحجور في الإنكار

فيجب إخراج هذا من عموم كلامه هنا لئلا يؤدي للتكرار ولأنه عبر بالتحلل وهو إنما هو منقول فيما إذا جهلاه معاً أما إن علمه وسماه أحدهما فهو وإن عبر عنه بعضهم بالتحلل أيضاً باعتبار المدعى عليه، لكن المنصوص في المدونة وهو الأول وهو التحلل الحقيقي فإن علمه المدعي ولم يسمه لم يجز الصلح وإن وقع بطل إذا علم المدعى عليه بعلم المدعي المدعى، وأما إن لم يعلم بعلمه وقت العقد فهي كالصبرة يعرف البائع كيلها دون المبتاع فيخير حينئذ في الفسخ

يفت أن المصالح عنه إذا كان قائماً جاز الصلح بالتأخير (**وجائز تحلل فيما ادعى**) به (**و**) الحال أنه (**لم تقم بينة للمدعي**) فوجبت له اليمين على المطلوب، فأراد أن يتحلل منها ويفتدي بشيء يدفعه عن يمينه فإن ذلك جائز، ولو تيقن براءة ذمته من غير شك ولا احتمال. ابن ناجي: وهذا هو المعروف خلافاً لمن قال يجب أن يحلف ولا يجوز له أن يصالح بشيء وإلا أثم من أربعة أوجه لأنه أذل نفسه وأضاع ماله وأطعم المدعي حراماً وجرأه على الغير ورد نقلاً بمصالحة عثمان رضي الله عنه. ومعنى بأنه أعز نفسه وادخر ماله لوقايته به عرضه وأثم الظالم في أكله وجرأه على نفسه انتهى باختصار. وما حملنا عليه كلام الناظم هو أظهر من حمله على ما في المدونة من قولها: وإن صالح رجل رجلاً في حق ادعاه في داره ولم يسمه فإن عرفاه جميعاً أو جهلاه جميعاً جاز، وإن جهله أحدهما لم يجز اهـ. لأن الناظم لم يقيد بجهلهما أو علمهما، ومسألة المدونة مقيدة به وقيد بعدم قيام البينة ومسألة المدونة مطلقة.

وعدمه قاله أبو الحسن. وإنما جاز الصلح فيما جهلاه أو نسياه مع أن الصلح بيع يشترط فيه عدم الجهل لأن اشتراط الشيء إنما هو مع القدرة عليه ولا قدرة هنا فيجوز الصلح على وجه التحلل في حظ من دار لا يعرفان قدره، وكذا في دراهم لا يعرفان عددها بعرض أو ذهب أو دراهم عاجلاً لا بالتأخير، وتأمل لم لم يشترطوا هنا تحقق التماثل في الدراهم بالدراهم؟ لأن ذلك على وجه التحلل. أبو الحسن: كل موضع لا يقدران على الوصول إلى معرفة ذلك فالصلح فيه جائز على معنى التحلل، ومثله بيع الصبرة لا يعرفان كيلها، ومثله لابن القاسم في المتجاعلين على حفر بئر أي جهلا جميعاً صفة الأرض من رخو أو صلابة اهـ. أو يقال وهو الظاهر محل جوازه في الدراهم بالدراهم في المسألة المذكورة كما في المدونة إن كان لا يشك أن المأخوذ من الدراهم الآن أقل من المدعي بها، وإلاَّ منع كما قالوا فيمن استهلك صبرة من قمح مثلاً لا يصالح على التحري بمكيله من جنسه إلا أن يتحقق أن المأخوذ أدنى من كيل الصبرة لأنه أخذ لبعض الحق وقيمة للباقي كما في (ق) أول باب الصلح، ثم إن هذا البيت كالاستثناء من قوله: فيما مر وكل ما اتقى بيعاً يتقي الخ. لكن جاز الجهل في بعض أفراد الصلح على وجه التحلل كما جاز في بعض أفراد البياعات كالصبرة ونحوها.

٣٣١ـ وَالصُّلحِ فِي الكالِىءِ حَيثُ حَلاً   بِالصَّرْفِ فِي العَيْنِ لِزَوْجٍ حَلاً

(والصلح) مبتدأ **(في الكالىء)** بالهمز يتعلق به **(حيث)** ظرف زمان هنا على قلة فيه مجرد عن معنى الشرط يتعلق بالصلح، ويجوز أن يكون ظرف مكان مضمن معنى الشرط خافض لشرطه منصوب بجوابه والأول أظهر معنى **(حلا)** جملة فعلية في محل جر بإضافة حيث على كلا الوجهين **(بالصرف)** يتعلق بالصلح على الأول أو بحل آخر البيت على الثاني لا بالصلح لما يلزم عليه من الفصل بين المصدر ومعموله بأجنبي **(في العين)** يتعلق بالصرف **(لزوج)** يتعلق بقوله: **(حلا)** الذي هو جواب حيث على الثاني، والجملة من حيث وجوابها خبر المبتدأ. وحلا الأول ضد أحل، والثاني ضد حرم وبينهما جناس تام، والمعنى على الأول والصلح في الكالىء وقت حلول أجله بالصرف في العين جائز لزوج، وعلى الثاني والصلح في الكالىء إذا حل أجله جائز للزوج بالصرف في العين وأشعر قوله لزوج أن المراد بالكالىء في كلامه دين الزوجة من صداقها، وإنما جاز لأنه من باب صرف ما في الذمة وعليه فلا خصوصية لدين الزوجة ولا الزوج، بل كل دين من عين في الذمة يجوز صرفه بعد حلول أجله لا إن لم يحل كما أشار له (خ) بقوله في الصرف عاطفاً على المنع أو بدين تأجل، وإن من أحدهما فمفهوم قوله: إن تأجل هو قول الناظم هنا حل أي يجوز صرف ما حل منه كلاً أو بعضاً بمعجل لا بمؤجل، فإنه

(والصلح في الكالىء حيث حلا) بعد أن كان مؤجلاً **(بالصرف في العين)** أي بما يصير صرفاً عما في الذمة من عين كأن يكون في ذمته دراهم حلت فصالحها عنها بذهب أو العكس **(لزوج)** لا مفهوم له إذا أريد بالكالىء الدين المؤجل طعاماً أو غيره **(حلا)** ذلك الصرف إذ لا مقتضى لمنعه حيث كان في الذمة حالاً والمدفوع عنه بالحضرة فحل الأول مقابل أحل، والثاني مقابل حرم وبينهما جناس تام، والله أعلم.

لا يجوز ولو تعجله لوقوعه فاسداً باشتراط تأخيره كما في المدونة؛ وانظر لو وقع بدنانير عن دراهم أو بالعكس وجعل التأخير بدون شرط، ونقل أواخر الصلح من المعيار جواز ذلك.

قلت: ومثله يقال في تأخير الحوز في التصيير بغير شرط بل هو أحرى ومحل النظم إن اتفقا على الحلول أو قامت به بينة، فإن اختلفا في الحلول وعدمه ولا بينة فسد لأنه صرف مستأخر بالنسبة لمنكره كما مرّ، ويحتمل أن يعمم في كلامه أولاً فيراد بالكالىء مطلق الدين المؤخر كان لزوجة أو غيرها طعاماً كان أو عرضاً أو عيناً. وقوله: بالصرف في العين لزوج إشارة لحكم بعض ما شمله العموم المذكور إذ لا مفهوم حينئذ للصرف ولا للزوج، فيكون كقول (خ) في الصلح: وجاز عن دين بما يباع به الخ. وقد تقدم هذا عند قوله: وكل ما اتقى بيعاً يتقي اهـ.

باب النكاح وما يتعلق به

من صحة وفساد ومن له الإجبار من الأولياء وترتيبهم إلى غير ذلك وهو لغة الضم والتداخل، ويطلق على الوطء والعقد وأكثر استعماله في الوطء، ويسمى به العقد لكونه سبباً فيه، وهل هو حقيقة في الوطء مجاز في العقد أو العكس أو حقيقة؟ فيهما أقوال. أصحها الأول ابن عبد السلام، والثاني أقرب لغة والأول أقرب شرعاً أي حتى قيل لم يرد في القرآن إلا للعقد ولو في قوله تعالى: ﴿حتى تنكح زوجاً غيره﴾ [البقرة: ٢٣٠] لأن المعنى حتى يعقد عليها لكن السنة بينت أن لا عبرة بالعقد في التحليل، بل حتى يحصل الوطء بعده، وقيل هو في هذه الآية بمعنى الوطء كما أنه كذلك في قوله تعالى: ﴿الزاني لا ينكح﴾ [النور: ٣] الخ وثمرة الخلاف على الأولين من زنى بامرأة هل تحرم على ابنه وأبيه أم لا؟ قاله (تت) وقال ابن عرفة: عقد على مجرد متعة التلذذ بآدمية غير موجب قيمتها ببينة قبله غير عالم عاقدها حرمتها إن حرمها الكتاب على المشهور أو الإجماع على الآخر اهـ. فقوله عقد جنس وعبّر به لأنه يفتقر إلى إيجاب وقبول. وقوله: على مجرد متعة من إضافة الصفة إلى الموصوف، والتقدير على متعة التلذذ المجردة، وخرج به العقد على المنافع كالإجارة ونحوها، ولم يقل عقد معاوضة كالبيع لأن المعاوضة هنا غير مقصودة والمقصود المعاشرة، ولذا يقولون: النكاح مبني على المكارمة وخرج بالمجردة العقد على شراء الأمة للوطء، وقوله: بآدمية خرج به العقد على الجنية. وقوله: غير موجب الخ حال من التلذذ أي حال كون التلذذ بتلك الآدمية غير موجب قيمتها، وأخرج به الأمة المحللة إن وقع بينة. وقوله: ببينة حال من التلذذ أيضاً أخرج به صور الزنا المشار لها بقول (خ): أو وجدا في

باب النكاح وما يتعلق به

النكاح في اللغة قال في القاموس: الوطء والعقد له نكح كضرب ومنع وشرعاً قال ابن عرفة: عقد على مجرد متعة التلذذ بآدمية غير موجب قيمتها ببينة قبله غير عالم عاقدها حرمتها أي حرمها الكتاب على المشهور أو الإجماع على الآخر اهـ. والعقد لغة الربط وعبر عنه لأنه يفتقر إلى إيجاب وقبول ولم يقل عقد معاوضة كما قال في البيع لأن المعاوضة هنا غير مقصودة، والمقصود

بيت وأقرّا به وادعيا النكاح حدا. الخ. وشمل قوله: ببينة الخ البينة الحقيقية والحكمية كتصديق الطارئين والخصي فيها لأنهما يصدقان في كون النكاح كان ببينة، وأما الفشو والعدل الواحد فإنه وإن قام كل منهما مقامها في نفي الحد فإنما ذلك لكونهما شبهة لا لثبوت النكاح بهما، ولذا كان يفسخ.

فإن قلت: الفسخ بطلاق وهو فرع النكاح. فالجواب: أن الطلاق إنما لزم مؤاخذة لهما بالإقرار أن العقد كان بشاهدين فدرأنا الحد للشبهة وألزمنا الطلاق مراعاة للإقرار قاله ابن رشد. وقوله: غير عالم صفة لعقد أو حال من المتعة أي حال كون المتعة المعقود عليها غير عالم عاقدها حرمتها فإن علم حرمتها فزنا وهل مطلقاً حرمها الكتاب كالأخت أو الإجماع كبنت الأخ من الرضاع أو إنما يكون زناً إن كان تحريمها بالكتاب لا بغيره؟ قولان. المشهور الثاني. وقول بعضهم صوابه أو الكتاب أو الإجماع على الآخر، وقول آخرين صوابه أو والإجماع بزيادة الواو بعد أو كله لا حاجة إليه لأن من اعتبر الإجماع يعتبر الكتاب إذ كل ما في الكتاب مجمع عليه على أن من قال باعتبار الإجماع يقول باعتبار الكتاب بالأحرى.

تنبيه: فهم مما مرّ أن الطارئين إذا تقاررا على النكاح واتفقا عليه قبل قولهما، وأما إن كانا من أهل البلد ففي أقضية البرزلي لا يقضي القاضي بقولهما أنهما زوجان إلا بعد إثبات أصل النكاح قال: والعمل اليوم أنهما لا بد أن يثبتا عند قاضي الأنكحة أنه يحوزها بحوز الزوجية بجماعة من الموضع الذي هما به، وكذا إذا طلقها وأراد ارتجاعها ولم يأتيا بالصداق أو تجحده المرأة ولم يعثرا على شاهدي النكاح، فلا بد من تعريف القاضي بأنه كان يحوزها واستعمال موجب الارتجاع فيسمع الطلاق منهما ويعملان على موجب الرجعة اهـ. وستأتي كيفية وثيقة النكاح عند قوله: والمهر والصيغة الخ.

٣٣٢ـ وَبِاعْتِبَارِ النَّاكِحِ والنِّكَاحُ   واجِبٌ أَوْ مَنْدُوبٌ أَوْ مُبَاحُ

(وباعتبار الناكح) يتعلق بمحذوف خبر عن قوله. **(النكاح)** على حذف مضاف أي حكم

المعاشرة. ولذا يقولون النكاح مبني على المكارمة وخرج بقوله: على متعة التلذذ العقد على المنافع وهو الإجارة والكراء، والعقد على الرقاب وهو البيع، ولو قال عقد على التلذذ الخ. لكفاه فيما يظهر وقوله: بآدمية بيان، وقيل احترز به من الجنية وقوله: غير موجب هو بالنصب حال من التلذذ أي حال كون التلذذ بتلك الآدمية غير موجب قيمتها أخرج به الأمة المحللة فإن التلذذ بها يوجب على المتلذذ قيمتها مع أن تحليلها يصدق عليه عقد على التلذذ بآدمية، وقوله: ببينة قبله حال من التلذذ أخرج به بعض صور الزنا لا من عقد خلافاً لابن عاشر. وقوله: غير عالم بالرفع صفة لعقد أو بالنصب حال من المتعة أي حال كون المعقود عليها غير عالم عاقدها حرمتها فإن كان يعلم حرمتها فزنا وهو زنا مطلقاً، سواء كان تحريمها بالكتاب كالأخت أو بالإجماع كبنت الأخ من الرضاع، أو إنما يكون زنا إذا كان تحريمها بالكتاب لا بغيره قولان. المشهور الثاني، وهذا معنى قوله: إن حرمها الكتاب على المشهور الخ. ولذا قيل صوابه أو الكتاب أو الإجماع على الآخر هذا هو الصواب.

(وباعتبار الناكح) يختلف **(النكاح)** أي حكمه **(واجب)** على من قدر عليه وخاف الزنا بتركه **(أو**

النكاح يختلف باعتبار حال الناكح ويدل على حذف الخبر والمضاف المذكورين قوله: **(واجب أو مندوب أو مباح)** أو حرام أو مكروه فتعرض له الأحكام الخمسة، فيجب على الراغب فيه إن خشي العنت ولم يكفه الصوم أو التسري ولو مع اتفاق عليها من حرام، وإن أعفه أحدهما فالنكاح أولى والمرأة مثل الرجل إلا في التسري. ابن عرفة: وقد يوجبه عليها عجزها عن حفظها أو سترها إلاّ به ويندب إن لم يخش العنت رجا نسله أو لا، ولو قطعه عن عبادة غير واجبة وكذا إن كان لا أرب له في النساء ورجا نسله وإلاّ فمباح حيث لم يقطعه عن عبادة كالعقيم والشيخ الفاني والخصي والمجبوب، ويكره لغير الراغب فيه ويقطعه عن عبادة غير واجبة، وظاهر المازري ولو رجا النسل وصرح به. (ز): ويحرم فيما عدا الأول من هذه الأقسام إن خشي ضرراً بالمرأة بعدم وطء أو نفقة أو كسب محرم، ولو راغباً فيه لم يخش عنتاً، ولابن بشير عن بعضهم كما في ابن عرفة تقسيم آخر. قال: إن خاف العنت وجب وإلاّ حرم إن أضر بالمرأة لعجزه عن الوطء أو مطلق النفقة أو للأمن من مال حرام وإلاّ ندب إليه إن تشوق إليه وتشوش عليه فعله إن تركه وإلاّ كره له إن لم تكن له حاجة أو قدر على التعفف وتزويجه يضيق حاله ومباح إن تساوت أحواله اهـ. وما تقدم من أنه يجب على من خشي العنت ولو مع إنفاق من حرام هو ما يفيده كلام ابن بشير المتقدم وكلام الشامل، واعترضه ابن رحال بأن الخائف من العنت مكلف بترك الزنا كما هو مكلف بترك التزوج الحرام، فلا يحل فعل محرم لدفع محرم وإنما يصار لمثل هذا عند الإكراه كالمرأة لا تجد ما يسد رمقها إلاّ بالزنا اهـ.

قلت: نحوه قول القلشاني عاطفاً على الممنوع ما نصه: أو بكسب من مال لا يحل الخ. وقد يرد بأن ما قالوه هو من باب ارتكاب أخف الضررين كما أن ما فعلته المرأة المذكورة كذلك لأن الإضرار بالزوجة بعدم الإنفاق أخف من الزنا لأن الإنفاق يمكن إسقاطه لأنه حق لها وإطعامها من الحرام يمكن التحلل منه، وأيضاً فإن كلاً منهما مترقب فيمكن عدم حصوله لقوله تعالى: ﴿إن يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله﴾ [النور: ٣٢] الآية. ولأنه يزجز عن الإضرار وإطعامها الحرام وإلاّ طلق عليه على أن إطعامها الحرام فسق والفاسق غير كفء فللزوجة الفسخ ولها الرضا كما يأتي عند قوله: وحيثما زوج بكراً غير الأب. وبالجملة، فهذا يجب عليه التزوج كما يجب عليه ترك الإنفاق من حرام فهو مكلف بأمرين فيرتكب أخفهما. ثم إن فائدته غض البصر وتحصين الفرج والإطلاع على معظم لذة من لذات الجنة، وكثرة النسل لقوله عليه السلام: «تناكحوا تناسلوا» الحديث. ويستحب نكاح البكر لقوله عليه السلام: «عليكم بنكاح الأبكار فإنهن أعذب أفواهاً وأنتق أرحاماً وأرضى باليسير» وقال: «هلا بكراً تلاعبها وتلاعبك» وأن

مندوب) لمن رجا النسل ولم يخف الزنا بتركه رغب فيه أو لا. **(أو مباح)** لمن يرجو النسل ولم يقطعه عن عبادة فإن قطعه عنها كره وكل من غير الواجب مقيد بما إذا لم يوقع في ممنوع من إضرار بالزوجة وإلاّ حرم فتعرض له الأحكام الخمسة كما للخمي، والأصل فيه الندب لمن تاقت نفسه إليه، وفي الصحيح: «يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج». ويستحب نكاح البكر وأن يخطبها يوم الجمعة وأن يعقد في شوال وأن يبني به، وأن يخالف الجهال في تركهم فعل ذلك في المحرم، بل يقصد العقد والدخول فيه تمسكاً بما عظم الله ورسوله من حرمته قاله في المفهم.

يخطب يوم الجمعة بعد صلاة العصر ويكره صدر النهار كما في الطرر، وأن يعقد في شوال كما فعل عليه الصلاة والسلام بعائشة رضي الله عنها، وأن يبني به وأن يخالف الجهال في تركهم فعل ذلك في المحرم، بل يقصد العقد والدخول فيه تمسكاً بما عظم الله ورسوله من حرمته ورجاء بركته كما في آخر السفر الأول من المعيار قاله (م).

٣٣٣ـ والـمَـهْـرُ والـصِّـيـغَـةُ والـزَّوْجَـانِ ثُــمَّ الْــوَلِــيُّ جُــمْــلَــةُ الأرْكَــانِ

(والمهر) مبتدأ **(والصيغة والزوجان)** معطوفان عليه **(ثم)** للترتيب الإخباري **(الولي)** معطوف أيضاً **(جملة الأركان)** خبر، ويجوز العكس، ومراده كابن الحاجب و(خ) بالركن ما لا توجد الحقيقة الشرعية إلا به فتدخل الخمسة التي في النظم لأن العقد لا يتصور إلا من عاقدين وهما شرعا الولي والزوج، ومن معقود عليه وهي الزوجة والصداق نصاً كما في نكاح التسمية أو حكماً في التفويض إذ الصداق فيه موجود حكماً لأنهما لم يدخلا على إسقاطه ولو دخلا على إسقاطه لم يصح كما يأتي ولا يتصور أيضاً إلا بصيغة، وقد خصها الشرع بما يأتي في قوله فالصيغة النطق الخ. وقد عد في الشامل هذه الأركان شروطاً لأن النكاح الذي هو العقد معنى من المعاني والزوجان والولي والصداق ذوات فلا يصح تفسيره بها، وأركان الشيء أجزاؤه، وهذه خارجة عنه. وكذا الصيغة خارجة عنه إذ بها يوجد العقد الذي هو الربط، وجعل ابن محرز الولي والصداق والشهود شروطاً والزوجين ركناً وهو أظهر ولا يعكر عليه ما مرّ لأن المقصود من الزوجين رضاهما والرضا معنى يصح تفسير النكاح به، ولذا قال (ح): الظاهر أن الزوج والزوجة ركنان والولي والصيغة شرطان، وأما الصداق والشهود فليسا بركنين ولا شرطين لأن الشهادة شرط في الدخول لا في العقد والصداق لا يشترط التعرض له، وإنما يشترط أن لا يدخلا على إسقاطه اهـ باختصار فقوله: والولي الخ يريد إن كان غير مجبر وإلاَّ فرضاه ركن لا شرط تأمل. وقد علمت أن من نظر إلى أن العقد الشرعي لا يوجد إلا بها عدها أركاناً، ومن نظر إلى كونها خارجة عنه وأنها غيره لم يصح تفسيره بها عدها شروطاً، ومن نظر إلى أن العقد لغة يوجد في نفسه من عاقد وهو الزوج والزوجة، لكن يشترط في صحته شرعاً الولي والصيغة جعل الأولين ركنين والثانيين شرطين، والكل صحيح معنى والله أعلم، فإن زوجت نفسها بغير ولي فسخ ولو طال وهل بطلاق؟ قولان: لابن القاسم وابن نافع. وكيفية وثيقته تزوج فلان الفلاني فلانة الفلانية البكر في حجر والدها المذكور، وتحت ولاية نظره الحل للنكاح على صداق

(والمهر والصيغة والزوجان ثم الولي) هذه الخمسة **(جملة)** هذه **(الأركان)** أي أركان النكاح بمعنى العقد وسماها أركاناً تبعاً لابن شاس وابن الحاجب، لتوقف العقد عليها إذ لا بد فيه من عاقدين وهما الزوج والولي، ومعقود عليهما وهما الزوجة والصداق نصاً كما في نكاح التسمية أو حكماً كما في التفويض وصيغة. وقال الحطاب: والظاهر أن الزوج والزوجة ركنان والولي والصيغة شرطان، وأما الشهود والصداق فلا ينبغي أن يعدا في الأركان ولا في الشروط لوجود النكاح الشرعي بدونهما، غاية الأمر أنه يشترط في صحة النكاح أن لا يشترط فيه سقوط الصداق، ويشترط في جواز الدخول الإشهاد فتأمله، وجوابه أن الفقهاء يتسامحون في مثل هذا فيسمون ما يتوقف عليه الشيء أركاناً مرة ويسمونه شروطاً أخرى.

مبارك مبلغ قدره كذا وكالته كذا يؤديه لها تقاضياً بحسب كذا آخر كل عام تزوجها بكلمة الله العلية، وعلى سنة نبيه ﷺ وعلى اليمين والأمان، وما جاء في محكم القرآن من إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان أنكحه إياها والدها المذكور أو وصيها المجبر بماله من الإجبار عليها حسبما يرسم الإيصاء أعلاه أو حوله، أو وليها أخوها فلان أو عمها أو ابن عمها وقبله الزوج المذكور قبولاً تاماً وارتضاه وألزمه نفسه وأمضاه، والله يوفق بينهما لما يحبه ويرضاه عرفاً قدره شهد عليهما به وهما بأتمه أو أكمله وعرفهما، وفي كذا، ولا شك أن الوثيقة تضمنت الأركان المذكورة واحترزت بقولي البكر من الثيب فلا بدّ من إذنها زوجها أبوها أو غيره كما يأتي في قوله: وتأذن الثيب بالإفصاح الخ. فإن سقط ذلك من الرسم ولم يبين بكراً ولا ثيباً فلا كلام للزوج كما قال (خ): ولا رد بالثيوبة إلا أن يقول عذراء الخ. وسيأتي قول الناظم أيضاً: والزوج حيث لم يجدها بكراً الخ. وبقولي في حجر والدها مما لو كانت بكراً وليست في حجره كالمرشدة ومثلها المعنسة فلا بدّ من إذنهما أيضاً كما يأتي في نظائره عند قوله: واستنطقت لزائد في العقد الخ. وبقولي: الحل للنكاح الخ. احترازاً من الموانع التي تمنع تزوجها من عدة وفاة أو كونها في نكاح آخر ونحو ذلك فإن سقط ذلك من الرسم لم يضر لأن الأصل انتفاء المانع، وفي المعيار عن ابن المكودي أن النكاح على السلامة والصحة إن سقط من رسمه خلو من زوج وفي غير عدة وأنه لا يحتاج إلى ذكره، وسيأتي عند قول الناظم وحيثما العقد لقاض قد ولي الخ. ما إذا سقط ذلك في الثيب وأن (ح) استظهر أن سقوطه غير مضر وفي الفشتالي ما يخالفه وبقولي على صداق مبارك الخ. مما لو نصوا على إسقاطه فالعقد فاسد يفسخ قبل البناء اتفاقاً وفي فسخه بعده وتصحيحه بصداق المثل. قولان، وإن لم يتعرضوا له أصلاً فهو نكاح تفويض وسيأتي عند قوله: أو ما فوّضا فيه وحتماً للدخول فرضا الخ، وبقولي مبلغ نقده كذا مما لو لم يتعرضوا لقدره وسيأتي في قوله:

والزوج والزوجة مهما اختلفا في قدر مهر والنكاح عرفا

أي: عرف ببينة أو إقرار ولا تسقط البينة لجهلها القدر، وقد أنكر أحدهما النكاح من أصله كما مرّ عند قوله: ولم يحقق عند ذاك العددا الخ. وقولي مبلغ نقده كذا الخ. لا بد فيه من بيان السكة كما يأتي عند قوله: وكل ما يصح ملكاً يمهر الخ. فإن قالوا نقدها كذا أو أقبضها أو عجل لها أو قدم، ونحوه بصيغة الماضي في الجميع فذلك مقتض لقبضه وإن قالوا النقد من ذلك كذا أو مبلغ النقد ونحوه، فهو مقتض لبقائه وإن قالوا: نقده كذا بالمصدر فقولان. قال ذلك كله في الشامل ونحوه قول ناظم العمل: إن قيل نقده كذا لا نقد الخ. فإن قالوا: مبلغ نقده كذا يؤديه ليلة الدخول بها والدخول مختلف. فقيل: يفسخ للجهل بليلة الدخول. وقيل: لا، وبه العمل قال ناظمه:

والنقد إن أجل بالدخول إليه من عقد على الحلول

وسيأتي بقية الكلام عليه عند قوله وأمد الكوالىء المعينة، وبقولي وكالته كذا الخ. مما لو بينوا قدر الصداق ولم يتعرضوا لنقد ولا لكالىء فيجري على ما قالوه في الاختلاف في أصل الأجل في البيع فيما يظهر فيحمل على الحلول إلا لعرف على أنه قد نقل البرزلي عن ابن رشد في

مسائل الأنكحة أنه محمول على الحلول حيث لم يذكروا تأجيلاً ولا ضده، واقتصر عليه في الشامل ونحوه في المدونة، لكن قال أبو الحسن: لو اتفق هذا في زمننا لكان النكاح فاسداً لأن العرف جرى بأنه لا بد من الكالىء فيكون الزوجان قد دخلا على الكالىء ولم يضربا له أجلاً اهـ. وانظر ما يأتي عند قوله: وأمد الكوالىء المعينة الخ. وبقولي بحسب كذا آخر كل عام الخ. مما لو ذكروا الكالىء ولم يتعرضوا لأجله فسيأتي في قوله: وأجل الكالىء مهما أغفلا الخ. والكلمة العلية هي قول لا إله إلا الله محمد رسول الله. إذ لا يحل لكافر أن يتزوج مسلمة. وقيل هي قوله تعالى: ﴿فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾ [البقرة:٢٢٩] والدرجة التي قال تعالى: ﴿وللرجال عليهن درجة﴾ [البقرة:٢٢٨] الآية هي الطلاق الذي بيده، وقيل الشهادة التي هي أكمل من شهادة المرأة، وقيل غير ذلك. وقولي: بما له من الإجبار الخ راجع للوصي المجبر، وتقول في الأب بما ملكه الله من أمرها وذلك كله ظاهر في عدم الاستئمار والمشاورة وإن كانت مشاورتهما أحسن وأحوط ليخرج من الخلاف، وقولي حسبما برسم الإيصاء الخ إشارة إلى أنه لا بد من نسخ رسم الإيصاء لئلا تدعي أنه ليس بوصي عليها، وهذا إذا أنكحها المجبر فإن زوجها غيره زدت في الأوصاف المتقدمة البالغ فتقول البكر البالغ الخ. وقلت: أنكحها أخوها أو ابن عمها كما أشرنا إليه ولا بد حينئذ من أن تقول بإذنها ورضاها وتفويضها ذلك إليه تلقاه منها شهيداه أو غيرهما حسبما أعلاه أو حوله بعد أن استؤمرت وأعلمت بالزوج بعلاً، وبما بذل لها من الصداق مهراً فصمتت أو بكت ونحو ذلك كما يأتي في قوله: والصمت إذن البكر في النكاح الخ. ولا تزوج إلا بعد البلوغ وثبوت أنه لا أب لها ولا وصي وأن الصداق صداق مثلها إلى غير ذلك كما يأتي في قوله:

وحيثما زوج بكراً غير الأب ... فمع بلوغ بعد إثبات السبب

الخ. ويقبل قولها في البلوغ عند إرادة النكاح إذا أشبه قولها كما في البرزلي وفي المعيار عن ابن الحاج أنه يعرف بلوغها في وجهها وقدها ويخبره ثقات النساء فيشهد الشاهد به معتمداً على ذلك الخ. فإن ادعت بعد العقد أنها غير بالغة وقد كانت أقرب به حين العقد، فلا يلتفت إلى دعواها لأن إقرارها عامل في مثل هذا، فإن نظر إليها النساء فشهدن بعدم البلوغ ففي البرزلي ونقله (ح) أنه يفسخ النكاح، وفي المعيار أواخر الكراس الأول من الأنكحة عن اليزناسني أن البينة بعدم بلوغها لا تقبل قائلاً قد جاءت الروايات بطرح البينة المقابلة لما أقرت به المرأة فيما تصدق فيه من ذلك دعوى المرأة الإصابة بعدم إرخاء الستر، وينكرها الزوج ويقيم بينة بالنساء أنها عذراء فيغرم جميع الصداق، ومن ذلك لو أقرت المطلقة أنها دخلت في الحيضة الثالثة فينظرنها النساء فلا يرين دماً بها فإنها تبين بمجرد قولها. واحتج أيضاً بأن النساء يعتمدن في شهادتهن على عدم البلوغ بعدم الإنبات وهي قد تزيل الشعر بحيث لا يرى الناظر شيئاً.

قلت: وأيضاً فإن البلوغ لا ينحصر في الإنبات بل يكون بالاحتلام والسن، وما للبرزلي هو الذي يقتضيه ابن هلال والفائق كما في شرح ناظم العمل عند قوله: وجاز للنسوة للفرج النظر الخ. وإذا قلنا بقبول بينتها بعدم إقرارها به أو لم يضمن الشهود إقرارها به فإن شهدت بينة بعدم البلوغ بعد أن صرح شهود الصداق بالبلوغ فذلك من التعارض. ولا يقال تصريحهم في

رسم الصداق بالبلوغ مجرد حكاية، لأنا نقول الحكاية المجردة جرت عادتهم بالتبرىء منها فيقولون: قبل فلان لزوجه بزعمه ولا وارث له سوى من ذكر في علم من علمه إلى غير ذلك، فكذلك هؤلاء حيث قالوا: البالغ ولم يزيدوا بزعمها علم أن شهادتهم بالبلوغ مقصودة قاله في المعيار عن ابن عطية الونشريسي، وإذا ثبت التعارض فيجري ذلك على ما مرّ في آخر الشهادات فانظر ذلك هناك. وقوله: جرت العادة الخ، ظاهر إذا كان الشهود من أولي العلم وإلاَّ فلا. وتأمل ما قالوه من الفسخ مع ما في ضيح وابن عبد السلام من أن شهادة النساء لا تعمل فيما يوجب الفراق، ونقله شارح نظم العمل في المحل المذكور، وقولي وقبله الزوج الخ. أي بفور علمه بالإيجاب ولا يضر التأخير اليسير فإن تأخر الإشهاد على الزوج بالقبول أو على الولي بالإيجاب كما لو عقد الأب النكاح على ابنه المالك أمر نفسه أو يعقد الولي على وليته ويتأخر إعلامها أو ينعقد النكاح بين الزوجين ويتأخر إعلام الولي، فذلك كله هو النكاح الموقوف ثالث الأقوال فيه كما في الفشتالي: إن قرب جاز وإن بعد لم يجز، ومحل الخلاف إذا لم يدع الوكالة ولم يقر بالافتيات اهـ. وهو معنى قول (خ) وصح إن قرب رضاها بالبلد ولم يقرّ به أي بالافتيات حال العقد الخ، وقال أيضاً: وحلف رشيد وأجنبي وامرأة أنكروا الرضا والأمر حضوراً إن لم ينكروا بمجرد علمهم وإن طال كثير الزم الخ. وحد القرب اليومان عند سحنون والثلاثة على ما أفتى به ابن لب قائلاً، وبه العمل في هذه الأزمنة.

وسبب الخلاف بين القولين الأولين من الثلاثة هل الخيار الحكمي كالشرطي أم لا؟ ومفهوم قوله: بالبلد أنه إذا كان بغير البلد لم يصح فمن سحنون: قلت لابن القاسم فيمن زوج ابنه الكبير المنقطع عنه وهو غائب فبلغه ذلك فرضي وكان بعيداً عن موضعه فقال: لا يقام على هذا النكاح وإن رضي لأنهما لو ماتا لم يتوارثا اهـ. فالغائب تارة يكون غائباً عن محل العقد حاضراً بالبلد، وتارة يكون غائباً عن الوطن قاله ابن عرضون في جواب له.

قلت: وتأمله مع ما مرّ من أن حد القرب اليومان والثلاثة فلعل هذا إنما يتمشى على قول عيسى من أن حد القرب كون العقد بالسوق أو بالمسجد ويصار إليها بالخبر من وقته واليوم بعد اهـ، ووقعت نازلة وهي أن رجلاً زوج ولده المالك أمره أو أخاه وقبل له ذلك ولم يسمع من المعقود عليه ردّ ولا قبول حتى مات بعد ثلاثة أعوام، والحال أن العاقد لم يدع توكيلاً ولا أقر بافتيات فأجاب ابن عرضون والقصار وغيرهما بأن عاقد نكاح غيره وإن غائباً يحمل على الإذن لأن الغالب أنه لا يعقد أحد نكاح غيره إلا بإذنه، وقاله ابن رشد اهـ. من الزياتي باختصار، ثم إنه تقدم حكم ما إذا سقط من الوثيقة معرفة القدر عند قوله: والتركات ما تكون الصلح الخ. كما تقدم أيضاً حكم ما إذا سقطت المعرفة أو التعريف عند قوله: ويشهد الشاهد بالإقرار الخ. وتقدم أيضاً حكم ما إذا سقط وهو بأتمه.

تنبيهان. الأول: يثبت النكاح بعد الموت بشهادة العدل الواحد ولو الخاطب على قبول الزوج أو توكيل الزوجة لأنه غير عاقد فليس شاهداً على فعل نفسه، وذلك راجع للمال فيثبت بالشاهد واليمين كما مرّ، وسواء أخذ الخاطب على خطبته أجراً أم لا على ما به العمل كما لابن ناجي.

الثاني: لا يلزم الزوج تعجيل النقد إلا أن يدعى للبناء وهو بالغ وهي ممن تطيق الوطء، وإن لم تحض بخلاف ما لو أصدقها معيناً كعرض ورقيق ونحوهما فيجب تعجيله، ولا يجوز اشتراط تأخيره كالبيع (خ) ووجب تسليمه إن تعين وإلاَّ فلها منع نفسها الخ. ويقبضه مجبر ووصي لا غيرهما ولو تولى عقد النكاح إلا بوكالة منصوص فيها على القبض أو يتطوع بضمانة قال الغرناطي: تسمى في الوثيقة الزوجين وعدد الصداق ومن أي سكة هو وقبض النقد أو حلوله وفي تأجيله إلى البناء خلاف وتسمى قابضة ومن يجوز له قبضه أو تطوع القابض بضمانه الخ.

٣٣٤ـ وفي الدُّخولِ الحَتْمُ في الإشْهَادِ وَهُـوَ مُـكَـمِّـلٌ فـي الانْـعِـقَـادِ

(**وفي الدخول**) خبر عن قوله (**الحتم في الإشهاد**) يتعلق بالحتم (**وهو**) مبتدأ (**مكمل**) خبره (**في الانعقاد**) يتعلق به أو بمحذوف حال من المبتدأ أي الواجب في الإشهاد كونه عند الدخول وهو حال كونه كائناً في الانعقاد أي عند العقد محصل الكمال. أي: الندب خوف موت أحدهما أو إنكاره فعلم منه أن الإشهاد ليس شرطاً في صحة النكاح ولا ركناً فيه لوجود العقد وصحته بحصول الإيجاب من الولي والقبول من الزوج، وإنما هو شرط في الدخول فإن دخل بغير إشهاد فسخ بطلقة بائنة كما قال (خ) وفسخ إن دخل بلاه ولا حدّ إن فشا ولو علم فإن لم يكن فشو حد إن أقرا بالوطء وإلا عوقبا فقط، ولو جهلا وجوب الإشهاد ابن يونس والباجي: والشاهد الواحد لهما بالنكاح ومعرفة ابتنائهما باسم النكاح، وذكره، وإظهاره كالأمر الفاشي في سقوط الحد قاله ابن الماجشون وأصبغ. وإذا فسخ فلهما المراجعة بعد الاستبراء بثلاث حيض وتحرم على آبائه وأبنائه فإن عقد الأب على ابنه في غيبته القريبة بحيث لو رضي لصح، لكنه لم يرض فتحرم على أصوله وفصوله أيضاً، وإن عقد عليه في حال غيبته البعيدة بحيث لو رضي لم يصح على ما مر تفصيله لم تحرم قاله ابن حبيب. وظاهر النظم كغيره أنه يفسخ وإن طال وولدت الأولاد وأن الشهرة وحدها من غير إشهاد لا تكفي في عدم الفسخ وهو ما ذكره الشارح عن بعض شراح

(**وفي الدخول الحتم**) أي الواجب (**في الإشهاد**) أي يكون عند الدخول (**وهو**) أي الإشهاد (**مكمل**) له محصل الكمال إذا وقع (**في الانعقاد**) يعني أن الإشهاد ليس بركن من أركان النكاح لوجود العقد وتحققه بدونه ولا هو شرط في صحة العقد، وإنما هو شرط في الدخول والكمال أن يقدم حين العقد فإن دخل بغير إشهاد فسخ بطلقة ولا حدّ إن فشا ولو علما بوجوبه، فإن لم يكن فشو حداً ولو جهلا وجوب الإشهاد. قال في الواضحة: قال مالك: ومن نكح ولم يشهد لم يضره، لكن لا يبني حتى يشهد اهـ. قال الشارح: وشدد المتأخرون في هذا الشرط حتى كأنه عندهم ركن وخلو بعض الأنكحة عنه مع وجود الشهرة مما تعم به البلوى، وفي كلام المتقدمين أن القصد في النكاح إنما هو الشهرة وفي الجواهر ولم تكن أنكحة السلف بإشهاد، وفي جواب لابن لب ما نصه: ذكر أهل المذهب أن الإشادة بالنكاح وشهرته مع علم الزوج والولي تكفي وإن لم يحصل إشهاد وهكذا كانت أنكحة كثير من السلف وهو مروي عن ابن القاسم اهـ. وهذا ميل منه إلى ثبوت النكاح ولزوم حكمه في المسألة الأمليسية وهي ما جرت به العادة من أن الرجل يوجه من يخطب له امرأة لنفسه أو لولده فيجاب من أهلها بالقبول ويتواعدون للعقد ليلة البناء، ثم يبعث للمرأة حناء

الرسالة قال: وأفتى ابن لب بأن الإشهاد بالنكاح وشهرته مع علم الولي والزوجين يكفي وإن لم يحصل إشهاد قال: وهكذا كانت أنكحة كثير من السلف وفي الجواهر ولم تكن أنكحة السلف بإشهاد اهـ.

قلت: وهذا الذي يدل عليه قول ابن سلمون فإن كان النكاح والدخول شائعاً مشتهراً سقط الحد باتفاق وثبت النكاح اهـ. فتأمل قوله وثبت النكاح. قال سيدي أحمد البعل في جواب له نقله العلمي في نوازله بعد أن ذكر ما نصه: من أراد سلوك ما نقله الموثقون فليفسخ كل نكاح دخل صاحبه بغير إشهاد للنصوص الواردة بذلك، وما يفهم من عدم فسخه على ما للأقدمين عملاً على الشهرة لا يعول عليه لأن الموثقين سبقونا إلى كلامهم فلو عدلوا عنه إلى الفسخ، فلما فهم منهم أنهم لا يكتفون فيه بالشهرة اهـ باختصار.

قلت: تأمله مع تعليلهم الفسخ بأنه سد لذريعة الفساد إذ لا يشاء إثنان يجتمعان في خلوة على فساد إلا فعلا مثل ذلك وادعيا سبق عقد بغير إشهاد فيؤدي إلى ارتفاع حد الزنا والتعزير الخ. ولا شك أن الشهرة ينتفي بها التعليل المذكور والحكم يدور مع علته. ولذا قال ابن شاس: ليس الإشهاد ركناً ولا شرطاً في العقد، وإنما هو شرط في الدخول والمقصود إعلان النكاح وإشهاره ليتميز عن الزنا، وإنما شرح الإشهاد لرفع الخلاف المتوقع بين الزوجين وإثبات حقوقهما، وعلى هذا جرت أنكحة الصحابة رضي الله عنهم ما كانت بشهادة اهـ.

وحوائج في المواسم ويولول النساء عند الخطبة، ويسمع الناس والجيران أن فلاناً تزوج فلانة ويزيد أهل فاس أنهم يقرؤون الفاتحة في المسجد ثم يطرأ موت أو نزاع. سئل عنها أبو سالم سيدي إبراهيم الجلالي فأجاب بما حاصله: إن كانت العادة المذكورة جارية مجرى العقد في كل ما يترتب عليه والإشهاد ليلة البناء إنما هو لتحصين قدر المهر وأجله، وتحقيق ما قبض منه وما بقي في الذمة فلا إشكال أن النكاح لازم لهما، وإن كانت العادة المذكورة إنما هي توطئة للعقدة الشرعية التي تقع ليلة البناء، وأنه لا إلزام بينهم لما يقع، وإنما ذاك أمارات على ميل كل لصاحبه فلا إشكال في عدم ترتب الأحكام عليها وإن جهل الحال بحيث لو سئلوا هل أرادوا الوعد أو الانبرام لم يحرروا شيئاً فهذا محل الإشكال واختلاف الفتاوى والأقوال، فأفتى الشريف المزدغي في يتيمة عقد عليها أخوها بغير وكالة غير أن الناس حضروا وأكلوا الطعام وقامت الولاول، ولم يسمع منها إنكار ولا قبول إلا بعد سنتين قالت: لم أوافق وقد كان يبعث بالحناء والصابون والفاكهة في الحاجوز والأعياد. فأجاب: إن صبغت بتلك الحناء وأكلت من الفاكهة وسكتت تلك المدة وقد سمعت وعلمت فالنكاح لازم، وكذا أفتى جماعة بلزوم النكاح، وأفتى البقيني وغيره بعدم اللزوم اهـ باختصار. وسئل عنها أبو العباس المقري وفي السؤال أن الزوج فعل عادة أهله من تحنية يديه وبعث كبشاً بالعيد وكان عازماً على البناء فاخترمته المنية، فأجاب أن النازلة اختلفت فيها آراء الأئمة فالذي أفتى به الشريف المزدغي أن هذا النكاح صحيح وأحكامه ثابتة والذي أفتى به الشيخ البقيني لا بد من الإشهاد ولا يكفي عنه الهدية والحناء والتهنئة قائلاً: إنه الذي أفتى به الأشياخ وإن استشكله الإمام ابن فتوح قائلاً: إن مثل ذلك يكفي قال: والظاهر ما أفتى به الشريف من لزوم النكاح وترتب أحكامه، وهو الموافق لمسألة وإن طال كثيراً لزم اهـ.

تنبيه: ذكر في المعيار أواخر الكراس الثالث من أنكحته أن رجوع الشهود عن الشهادة بالنكاح بعد شهرته بالعقد والبناء غير مؤثر فانظره.

٣٣٥ـ فالصِّيغَةُ النُّطْقُ بِما كأنكَحَا مِنْ مُقْتَضٍ تَأبُّداً مُسْتَوضِحَا

(**فالصيغة**) مبتدأ (**النطق**) خبره ويجوز العكس (**بما**) يتعلق بالنطق (**كأنكحا**) صلة ما (**من**) بيان لما (**مقتض**) صفة لمحذوف (**تأبدا**) مفعول بمقتض (**مستوضحا**) نعت له أي الصيغة من الولي هي النطق بما هو كأنكحا من كل لفظ مقتض التأبد الواضح فأدخلت الكاف زوجت، فإنه ينعقد النكاح به كأنكحت اتفاقاً وأدخلت أيضاً بعت وملكت ووهبت وتصدقت ومنحت وأعطيت ونحو ذلك حيث قصد بها النكاح وظاهره سمي معها صداقاً أم لا. إذ المدار عنده على كونها تقتضي التأبيد لا إن لم يقصد بها النكاح فلا ينعقد كما في شراح (خ) ومفهوم قوله: تأبدا الخ إنه لا ينعقد بنحو: أعمرت أو أوصيت أو وأجرتها لك أو أعرتها أو رهنتها لاقتضائها التوقيت دون التأبيد، وعدم اللزوم في الوصية وظاهره ولو قصد بها النكاح أو سمي معها الصداق، وما ذكره من أنه ينعقد بكل لفظ يقتضي التأبيد هو لابن القصار وعبد الوهاب والباجي وابن العربي ودرج عليه ابن الحاجب فقال: الصيغة كل لفظ يقتضي التأبيد مدة الحياة كأنكحت وزوجت وملكت وبعت وكذلك وهبت بتسمية الصداق. وقال في المقدمات: لا ينعقد بما عدا أنكحت وزوجت إلا لفظ الهبة حيث قرن بصداق وشهره في الشامل فقال: وصيغة بأنكحت وزوجت وفي وهبت مشهورها إن ذكر مهراً صح وإلاَّ فلا. وقيل: يصح ببعت وتصدقت بقصد نكاح، وقيل: بتحليل وإباحة وكل لفظ يقتضي تمليكاً مؤبداً إلا إجارة وعارية ورهناً ووصية الخ. فأنت تراه حكى ما لابن العربي ومن معه بصيغة. قيل: المقتضية للتضعيف فيكون ما في المقدمات هو الراجح كما في شراح (خ) وأفهم قوله: كأنكحا أن المضارع ليس كالماضي ونحوه في الالتزامات قائلاً الأصل في المضارع الوعد، وفي الماضي اللزوم ونحوه لشراح المتن عند قوله في الخلع

قلت: مسألة الشريف وقع فيها العقد بالفعل من أخ الزوجة فتكون من باب المفتات عليها، فلذا قال فيها بالصحة لوجود ما يدل على الرضا و(خ) كغيره وصح إن قرب رضاها بالبلد الخ. ومسألة البقيني ليس فيها تصريح بالعقد، فلذا أفتى فيها بعدم الصحة وإن كان هو علل بعدم الإشهاد فقد علل غيره بعقد الصيغة وهو الصواب في التعليل، لأن الإشهاد ليس بركن كما تقدم. والحاصل إن كان مع ما يقع من الإشاعة والأطعمة عقد ولو ممن ناب عن الزوج والزوجة ووليهما بغير توكيل ولم يشك في عملهما ورضاهما بذلك، فالظاهر اللزوم كما قاله الشريف وإن لم يكن إلا مجرد الهدايا والإرسال والخطبة، والواقع من أهل الزوجة إنما هو قبول ذلك والسكوت أو الوعد فلا لزوم والله أعلم.

(**فالصيغة**) التي هي أحد الأركان (**النطق بما**) هو (**كأنكحا من**) كل لفظ (**مقتض تأبدا**) في ملك العصمة حال كونه (**مستوضحا**) أي واضح الدلالة على ذلك كأنكحت وزوجت، ولا خلاف في انعقاده بهما وكبعت وملكت ووهبت وتصدقت على ما مشى عليه الناظم، وهو لمالك وابن القصار وعبد الوهاب ينعقد بكل لفظ دال على التمليك كالبيع. ابن عرفة: صيغته ما دل عليه كلفظ التزويج والإنكاح، وفي قصره عليهما نقلاً. الباجي: عن ابن دينار مع المغيرة ومالك اهـ. وقال

والبينة إن قال: إن أعطيتني ألفاً فارقتك أو أفارقك إن فهم الالتزام والوعد إن وطئها الخ. وقال في ضيح المضارع في النكاح كالماضي ومره لأبي الحسن قائلاً يؤخذ منها أن لفظ المستقبل في النكاح كالماضي بخلاف البيع اهـ. وفي الإلتزامات أن المضارع إنما يدل اللزوم مع قرينة دالة عليه تفهم من سياق الكلام بخلاف وقرائن الأحوال اهـ. وينبغي أن يكون هذا هو المعتمد، وأما الصيغة من الزوج فهي قبلت ونحوه مما يدل على القبول وأفهم قوله النطق أن غيره من إشارة أو كتابة لا يكفي، ومنه يعلم حكم المسألة الأمليسية وهي ما جرت به عادة البلاد من أن الرجل يوجه من يخطب له فيجاب بالقبول ويتواعدون للعقد ليلة البناء، ثم يبعث الرجل بحناء وحوائج تتزين بها ويولول النساء ويسمع الناس والجيران فلان تزوج فلانة سئل عن ذلك أبو سالم بن إبراهيم الجلالي فقال: أما إن كانت العادة المذكورة جارية عندهم مجرى العقد المصطلح عليه بحيث يرتبون على تلك الأمور من إرسال الحناء وغيرها آثار النكاح، وأن المواعدة للعقد ليلة البناء ليست هي عندهم لإنشاء العقد بل للإشهاد بقدر المهر وأجله، وتحقيق ما قبض منه وما بقي خوف التنازع في ذلك فلا إشكال في لزوم النكاح وترتب آثاره عليه، وأما إن كانت العادة المذكورة إنما هي عندهم توطئة للعقد وأمارة على ميل كل لصاحبه فلا إشكال في عدم اللزوم وإن جهل الحال بحيث لو سئل أهل البلد هل يقصدون العقد المنبرم أو الوعد، وأن الانبرام إنما يقع ليلة البناء لم يجروا شيئاً فهذا محل الإشكال على ماذا يحمل هل الانبرام أو الوعد. ولعل هذا القسم هو محل الخلاف، فمن قال إنها تنزل منزلة العقد المنبرم ويقول: إن أركان النكاح كلها حاصلة لأن الدلالة الفعلية أقوى من القولية، ومن قال بعدم اللزوم يقول: إن تلك الأوصاف غير العقد فلا تنزل منزلته ولا يترتب عليها حكم، فمما يدل على اللزوم جواب الشريف المزدغي في يتيمة عقد عليها أخوها بغير وكالة غير أن الناس حضروا وأكلوا وكان يبعث لها بالحناء والفاكهة والصابون في المواسم والأعياد قال فيه: إن صبغت بالحناء وأكلت من تلك الفاكهة مع علمها لزمها النكاح اهـ. ونحوه كما يأتي للعبدوسي وابن لب والبرزلي، وما ذكره المزدغي وابن لب والعبدوسي يؤخذ من قول المتن وإن طال كثيراً لزم بالأخرى وما ذكره البرزلي يقيد بالطول الذي في المتن والله أعلم. ومما يدل على عدمه جواب أبي العباس البقيني في رجل خطب يتيمة من أخيها، واتفقوا على الزواج بعدد معلوم وحوائج وحضروا بمجلس واحد وأكلوا دون أن تقع بينهم شهادة وأعطاها العقصة وألقتها في رأسها، ثم إن الرجل فقد أو أسر هل يصح لغيره العقد عليها أم لا؟ فقال: لا نكاح بينهما ولا توارث ولا عدة، وبهذا جرت عادة المفتين، وأنه إذا لم يقع إشهاد فلا نكاح، وكان شيخنا سيدي إبراهيم بن فتوح يستشكل هذا، ولا سيما إذا عظم التراكن فيما مثل هذه المسألة اهـ. هذا ملخص ما نقلوه من جواب الجلالي المذكور، ولم أقف على جوابه بعينه، ويؤيد ما للمزدغي ما أفتى به ابن لب والعبدوسي فيمن عقد

المقري في كلياته: كل عقد فالمعتبر في انعقاده ما يدل على معناه لا صيغة مخصوصة ويختلف في المحتمل إذا وقع النكول. قال الشارح: لم تزل الفتيا من شيخنا ابن سراج بعدم التوارث إذا مات أحد الزوجين في مثل الأمليسية ويعتل بفوات الصيغة ولم يزل الأشياخ يبحثون معه وهو على فتياه، وإذا روجع قول المقري وقول عبد الوهاب ظهر أن تلك الأنكحة غير خالية عن الصيغة بوجه اهـ.

عليها وليها بغير وكالة من أنها إذا هنيت حين العقد فلم تنكر، أو حضرت صنيع وليمتها دون إظهار نكير لزمها النكاح، وكذا نقل البرزلي عن الرماح أن النكاح إذا كان مشهوراً فإنه يغني عن توكيل البكر أو الثيب اهـ. ويؤيد ما للبقيني ما أجاب به السرقسطي في امرأة خطبت من والدها وأكلوا الطعام قال: إن ثبت أن والد الزوجة قال: زوجت ابنتي البكر فلانة من فلان وسمع من الزوج أنه قال: تزوجتها فإنهما يتوارثان وإلاَّ فلا اهـ. وقال أيضاً في جواب آخر عن مثل النازلة الصيغة وهي اللفظ الدال على التزويج والتزوج ركن من أركان النكاح لا ينعقد إلا بها، فإن حصلت من الزوج والأب والأب مجبر حصل النكاح وإلاَّ فلا اهـ. وبمثله أجاب (ق) وابن سراج كما في المعيار وغيره إلا أن البقيني علل بعدم الإشهاد وهم عللوا بفقد الصيغة قالوا: وهو الصواب في التعليل لما مر أن الإشهاد ليس شرطاً ولا ركناً.

قلت: اللهم إلا أن يكون جوابه في قوم عادتهم أن كل ما يفعلونه قبل الإشهاد لغو وقولهم وهو الصواب في التعليل يقتضي إن قوله في السؤال، واتفقوا على الزواج الخ. أنهم عقدوا لا أنهم تواعدوا وإلاَّ ما حسن التعليل بفقد الإشهاد أو الصيغة لأن الذي لا عقد فيه لا يعلل بذلك لأنهم يقولون عقد فاتت فيه الصيغة أو الإشهاد ولا يقولون وعد فات فيه ما ذكر، وقوله: بعد ولا سيما إن عظم التراكن الخ. لا ينافي ذلك لأن التراكن وإن بلغ ما بلغ لا يكون عقداً فالمراد بالتراكن العقد أي ولا سيما إن عظم ما يدل على العقد الخ. والتعليل بفقد الصيغة هو الجاري على ما في النظم وغيره، وقال في اللباب: الصيغة من الولي لفظ الخ. وبهذا يحسن مقابلة ما للبقيني بما للمزدغي ونصيرنا زلتاهما متحدتي المعنى وإن الافتيات على المرأة وقع فيهما، وزادت نازلة الثاني بفقد الصيغة لأن قوله: اتفقوا محتمل للاتفاق مع الصيغة أو مع عدمها، والمحتمل لا دليل فيه، ولذا قالوا: الصواب التعليل بفقدها، لكن حيث زادت نازلة الثاني بما ذكر أدى ذلك إلى اختلاف موضوع النازلتين وإن اتحدتا في الافتيات، وبهذا استشكلت المقابلة بين النازلتين، وعندي أنه مشكل من جهة أخرى، وذلك أن سيدي إبراهيم الجلالي أجمل في جوابه على حسب ما نقلوه عنه ووقفنا عليه لأنه لم يبين ما المراد بقول السائل فيجاب بالقبول الخ. لأنه إن كان معناه أن الإيجاب وقع من الولي بشيء من الألفاظ المتقدمة في تقرير النظم من غير استئمار للمرأة ولا توكيل منها، وثبت ذلك ببينة أو إقرار بعد الموت أو النزاع فالمرأة حينئذ مفتات عليها فيجري حكمها على قول (خ) وصح إن قرب رضاها بالبلد ولم يقر به حال العقد الخ. والزوج هنا غير مفتات عليه إن كان خاطباً لنفسه لأن الخاطب حينئذ وكيله إذ الفرض أن الخطبة بإذنه، فقول الخاطب فلان يقول لك زوج وليتك مني أو يخطب منك وليتك بمنزلة قول (خ) ويزوجني فيفعل الخ، فالصيغة حينئذ موجودة من الولي إلا أنها تارة توجد بلفظ الإنكاح والتزويج وتارة بغيرهما فيجري ذلك على ما مرّ في تقرير النظم ولا يخفى أنهم قصدوا بها النكاح حتى رتبوا عليها الولاول ونحوها، وإن كان الإيجاب وقع من المخطوبة أو كان الباعث يخطب لولده لا لنفسه والموضوع بحاله فالافتيات وقع على الولي في الأولى ولا يصح النكاح بحال ولو أجازه الولي لأن عاقده امرأة وعلى الزوج في الثانية يجري حكمه على ما أشار له (خ) بقوله: وحلف رشيد وأجنبي إلى قوله: وإن طال كثيراً لزم الخ. وإن كان الافتيات على الزوج والزوجة فيجري كل على حكمه على قول مرجوح فيه كما يأتي، وعلى هذا القسم أعني الافتيات على

الزوجة فقط أو على الزوج فقط أو على الزوجين على القول المرجوح يتنزل جواب المزدغي، ومن ذكر معه لأن قبول الهدايا وحضور الوليمة والسكوت حين الشهرة أقوى من قول المتن وإن طال كثيراً لزم الخ. وإن كان معناه يجاب بالقبول غالباً أي غالب أحوالهم أن يكون الإيجاب من الولي بشيء من تلك الألفاظ المتقدمة وتصدر عنه حينئذ تلك الأفعال، فينبغي أن يكون الحكم للغالب ويجري حينئذ حكمه على الوجه الذي قبله وإن كان قوله في السؤال فيجاب بالقبول الخ. معناه أنهم أجابوه بإظهار ما يدل عليه من سرور وميل وليس هناك غالب ولا يدري هل كانت هناك صيغة أم لا؟ وتوكيل واستئمار أم لا؟ كما هو ظاهر جوابه بدليل قوله: بحيث يرتبون إلى قوله من إرسال الحناء، وبدليل قوله الدلالة الفعلية أقوى الخ. فلا يخفى أن هذا لا يتنزل عليه جواب المزدغي ومن معه لأن المحقق حينئذ هو الميل والسرور، وبعث الهدايا وقبولها وغير ذلك من الصيغة ونحوها محتمل مشكوك هو في حكم العدم، ونازلة المزدغي صرح السائل فيها بالعقد فظاهره أنه إنما فات فيها التوكيل والاستئمار وغير ذلك من الأركان كله موجود، وهذا لا يتنزل عليه جواب اليقيني إن قلنا أن قوله في السؤال اتفقوا معناه تعاقدوا كما مرّ، وأما إن قلنا معناه وقع منهم ما يدل على الاتفاق ولا يدري بماذا هو ولا أنه كان بحضور المرأة أو توكيلها ولا يدرون ذلك فهو حينئذ أشبه شيء بهذا الاحتمال الذي نحن فيه، لكن لا ينبغي أن يعلل بعدم الإشهاد ولا بفقد الصيغة، بل بعدم وجود العقد من أصله إذ المحقق حينئذ هو وجود تلك الأفعال وغيرها محتمل في حكم العدم وهي وحدها لا دلالة فيها على العقد لأنها محتملة للعقد والوعد والمحتمل لا دلالة فيه، فإن كانت عادتهم وغالب أحوالهم أنهم يريدون بها انبرام العقد، وأنها لا تكون إلا بعده فيحسن حينئذ التعليل بفوات الصيغة التي هي اللفظ الدال على التزويج والتزوج الخ. ومقابله من يقول أن النكاح ينعقد بغير صيغة بل بإشارة ونحوها ولو ممن يتأتى منه النطق وهو ظاهر قول المقري في قواعده كل نكاح، فالمعتبر في انعقاده ما دلّ على معناه لا في صيغة مخصوصة ويكون حينئذ الخلاف في القسم الأول من أقسام صدر الجواب لا في القسم الثالث الذي هو جهل الحال بما يريدون بتلك الأفعال لما علمت من أن المحتمل لا تثبت به الأحكام، وبالجملة إن حملنا السؤال في الأمليسية على المعنى الأول، فالحكم ظاهر وإن حملناه على الثاني كما هو مقتضى جواب سيدي إبراهيم المذكور فلا يحسن الاستدلال بما للمزدغي ولا بما لليقيني إن قلنا أن قوله في السؤال اتفقوا معناه تعاقدوا، وإن قلنا معناه وقع بينهم اتفاق فيفصل فإن كان غالب أحوالهم أنهم يقصدون بتلك الأفعال الانبرام فيجري الخلاف بين من يشترط الصيغة المخصوصة ومن لا يشترطها كالمقري في أول الأقسام فقط لا بين من يشترط الصيغة وبين المزدغي المذكور ولا في القسم الثالث إذ الأفعال المحتملة لا يثبت بها نكاح. اللهم إلا أن يقال وجه الاستدلال بما للمزدغي أن رضا الزوجة من أركان النكاح، وقد قام مقام رضاها أكلها وصبغها بالحناء أو حضور وليمتها ونحو ذلك. وإذا قامت الدلالة الفعلية مقام ركن من جانب فكذلك تقوم مقامه من جميع الجوانب كما في نازلتنا لكنه يحتاج لوصي بسفر عنه، ويكون حينئذ ما للمزدغي تقوية لما للمقري من عدم اشتراط صيغة مخصوصة فتحسن المقابلة حينئذ بين المزدغي، ومن يشترط صيغة مخصوصة لكن في القسم الأول فقط كما مرّ لأن للمزدغي ومن معه إنما هو لكون العادة قطعت بأن ذلك الفعل يدل على رضاها. وعلى القسم

الأول ينبغي أن يحمل قول ناظم العمل: وفي النكاح إن بدا القبول الخ. فتأمل هذا الذي ذكرناه بإنصاف ولا تغتر بما سبق للأذهان من الانحراف.

فإن قلت: الزوجة في نازلة المزدغي ومن معه مفتات عليها وحكمها منصوص للأقدمين كما قال (خ) أو أفتيت عليها وصح أن قرب رضاها بالبلد الخ. فما وجه نسبتها للمتأخرين. قلت: المنصوص للأقدمين أن رضاها لا يكون إلا بالنطق كما يأتي، وهؤلاء جعلوا تلك الأفعال قائمة مقام نطقها لأن تلك الأفعال بمقتضى العادة كالنطق أو أقوى فلعله لذلك نسبت إليهم.

تنبيهات. الأول: مما يشبه الأمليسية ما جرت عادة أهل فاس أنه إذا حصل الإيجاب من ولي الزوجة يتواعد مع أهل الزوج ليوم ووقت يجتمعون فيه في المسجد مع أهل الوجاهات من الشرفاء وغيرهم، فيجتمعون ويسمع الحاضرون من ولي الزوجة أنه زوج وليته من فلان ويقبل ولي الزوج أو من يدعي النيابة عنه ويعينون الصداق ويقرؤون الفاتحة وينصرفون ولا يسمعون من الزوج قبولاً ولا من المرأة توكيلاً لعدم حضورهما، ثم يطرأ موت أو نزاع فيحتج الزوج بأنه لم يحضر ولم يرض، والمرأة بأنها لم توكل، والحكم في هذه ظاهر مما مر إذ الصيغة فيها موجودة من الولي ولكن وقع الافتيات على الزوج والزوجة على زعميهما. فإن ثبت أنه وجد من الزوجة والزوج ما يدل على رضاهما لزمهما النكاح على خلاف ما يأتي في النكاح الموقوف على الطرفين، فإن لم يثبت شيء فقال القصار في جواب له نقله الزياتي فيمن عقد عليه أبوه أو أخوه نكاحاً ولم يسمع من الزوج إذن ولا قبول حتى مات بعد ثلاثة أعوام، والحال أن العاقد لم يدع توكيلاً ولا افتياتاً ما نصه: عاقد نكاح غيره وإن غائباً يحمل على الإذن لأن الغالب أنه لا يعقد أحد نكاح غيره إلا بإذنه، وجواب أخينا السراج بغير ذلك خلاف الصواب وحمل على أكل أموال الناس كجوابه بعدم انعقاد النكاح قبل الإشهاد وما وقع من ذلك لغيره إنما هو في قطر عادتهم أن كل ما فعلوه قبل الإشهاد لغو وليس قطرنا كذلك اهـ. ونحوه لابن عرضون كما مرّ وصدق رحمه الله في كون قطرنا ليس كذلك إذ من مارس أنكحة فاس ونواحيها وجدها لا تقع إلا بإذن من الزوجين، وظاهر تعليله وصدر جوابه أن ذلك جار حتى في غيبة الزوجين معاً كما هي عادة فاس، وقوله: وجواب أخينا السراج الخ. يريد أن السراج أفتى في مثل النازلة بعدم ثبوت النكاح قائلاً لأنه لا ينعقد إلا بقبول الزوج وقبوله لم يثبت. والحاصل أن الافتيات إما على الزوج أو على الزوجة أو على الولي كما تقدم ذلك عند قوله: والمهر والصيغة الخ. والافتيات على الولي المجبر أو على غيره فيه تفصيل يأتي في ترتيب الأولياء وعلى الزوجة والزوج هو المشار إليه بقول (خ) عاطفاً على ما لا بد فيه من النطق أو أفتيت عليها الخ. وبقوله: وحلف رشيد وأجنبي إلخ إذ ذاك كله في النكاح الموقوف، وقد تقدم عن الفشتالي أن فيه أقوالاً ثلاثة والنكاح الموقوف كما للباجي الذي وقف على إجازة الولي أو أحد الزوجين، فهذا موقوف أحد طرفيه والموقوف طرفاه أن يوقف على رضا الزوج والزوجة، والصحيح فيه الفسخ مطلقاً، وأما على أحدهما فيصح بالقيد المذكور في (خ) ابن رشد: إذا زوج الرجل وليته البكر أو الثيب أو ابنه الكبير أو الأجنبي في مغيبهم فلا يخلو إما أن يزعم حين العقد أنه أذن له فيه الغائب فلا يفسخ النكاح حتى يقدم الغائب فإن صدقه جاز النكاح وإن بعد وإن أنكر الإذن حلف ولم يلزمه، وإن قال لم آمره ولكني

أرضى النكاح جاز النكاح في القرب دون البعد على المشهور، وأما إن يزعم حين العقد أنه لم يأذن له وأنه مفتات في عقده فالنكاح فاسد اتفاقاً قرب أو بعد، وأما أن يعقد ويسكت ولا يبين شيئاً فهو محمول على التوكيل حتى يثبت خلاف ذلك انتهى باختصار بنقل الزياتي. لكن ما ذكره من الاتفاق على الفساد في الوجه الثاني خلاف تفسير الباجي للنكاح الموقوف الجائز عندنا من أنه الذي يعقده الولي على وليته، ويشترط إجازتها وأنه لم يستأذنها الخ. فهو كما لابن عرفة قادح في الاتفاق المذكور وإن كان (خ) درج في قوله ولم يقر به حال العقد على ما لابن رشد انظر شرح العمل عند قوله:

ومن تحمل عن ابنه النكاح وحمل الصداق عنه ليراح

الثاني: قال في التكميل عن ابن أبي زيد في الرجل يقول: زوجت ابنتي فلاناً إن رضي أن له الرضا بإجماع. قال: وسئل العبدوسي عمن أشهد أنه أنكح ابنته البكر من فلان بصداق مسمى فلم يبلغه الخبر إلا بعد سنين، فأجاب: هذا يجاب للرجل المذكور فيها فإن قبله الزوج حين بلغه صح نكاحه قرب أم بعد، ولا يجري فيه الخلاف الذي في النكاح الموقوف قال: وكثير من الطلبة يلبس عليه الفرق بين الصورتين اهـ. ونحوه للقوري وذكر في نوازل الزياتي عن العبدوسي أن الفرق بين نكاح الإيجاب والنكاح الموقوف هو أن الإيجاب نكاح يعقده الأب على ابنته من غير أن يقصد العقد على الزوج، فهذا يصح مهما قبله الزوج ولو بعد طول وإن كان صغيراً وقبله بعد البلوغ أو قبله وكان في سن من يميز معنى ذلك ولم يرده بعد رشده فإنه منبرم أيضاً بخلاف الموقوف فإنه الذي يقصد به العقد على الزوج فإن قبله بالقرب، وكان أهلاً للقبول صح، وإن طال فسد على المشهور اهـ.

قلت: وكأن هذا الفرق أخذه من كلام ابن رشد المتقدم وتأمل قوله: ولا يجري فيه الخلاف الذي في النكاح الموقوف الخ. مع أن نازلته هي عين قول (خ) وصح إن مت فقد زوجت ابنتي بمرض وهل إن قيل بقرب موته تأويلان الخ. لأن مسألة المرض راجعة بعد الموت لنازلته إذ الإيجاب وقع فيها معلقاً على الموت، ونازلة العبدوسي لا تعليق فيها، لكن اتحدتا بعد وقوع المعلق عليه، ولذا قال العوفي فيها التعليق وقع في الحياة ولا عبرة بطول مرضه أو قصره والإيجاب وقع مع الموت وهو الذي يشترط القبول عقبه اهـ. وقد ذكر ابن رشد أن الأقوال الثلاثة التي في النكاح الموقوف تجري في مسألة المرض هذه كما في ضيح. اللهم إلا أن يكون مراد العبدوسي لا يجري فيه الخلاف الذي في الموقوف نصاً بل تخريجاً، لكن يقال هي وإن لم يجر فيها الخلاف الذي في الموقوف نصاً، لكن يجري فيها الخلاف الذي في مسألة المرض نصاً لأنها عينها على أن نازلته هي المتقدمة عن ابن القاسم عند قوله: والمهر والصيغة الخ. ومسألة الإجماع المتقدمة ليس فيها التصريح بأن له القبول ولو بعد طول، بل هذه ظاهرة فيه فتحمل على القرب أي له الرضا بالقرب بإجماع، وأما بعد طول ففيه خلاف بدليل مسألة المرض وتخريج ابن رشد للأقوال يقتضي أنه لم يسلم الإجماع المتقدم وإلا ما صح له التخريج لما تقرر في علم الأصول أن من قواد (ح) القياس كونه في محل نص أو إجماع، وقد علمت أن المشهور في الموقوف اشتراط القرب فيعلم منه اشتراط الفور بين القبول والإيجاب إلا الفصل اليسير، وينبغي أن يراعي ذلك

التشهير أيضاً في مسألة المرض وما في معناها، وهذا ما لم يكن زوجها من صغير وإلاَّ فلا يضر تأخير القبول اتفاقاً.

الثالث: قال ابن عرضون ونقله في نوازل العلمي فيمن عقد ليلة الثاني والعشرين بعد العشاء وشهد على الزوج بالقبول يوم الخامس والعشرين: هل تحسب تلك الليلة من الثالث والعشرين ويكون القبول داخل الثلاثة الأيام ما نصه: إن كان الأمر كما ذكر فلا يفسخ النكاح الموصوف اهـ. **قلت**: وفي أنكحة المعيار في رجل عقد النكاح على أخته يوم الخميس وشهد على الزوجة يوم الجمعة وقد كان رجع الزوج عنه عشية يوم الخميس أن النكاح منعقد بإجازة الزوجة ورجوع الزوج يعد طلاقاً يلزمه النصف فانظره.

الرابع: قال في ضيح في المسائل التي لا يعذر فيها بالجهل: ومنها المرأة تزوج وهي حاضرة فتسكت ولا تنكر حتى يدخل بها الزوج ثم تنكر النكاح وتقول: لم أرض الخ. وسئل ابن مرزوق عمن علاتهم عدم الكتب حين العقد هل يكلف الزوج بعد البناء إثبات النكاح وأن القبول وقع ناجزاً فقال: دعوى المرأة عدم الرضا بعد البناء لا تقبل إلا ببينة ولا تعزل عن الزوج بمجرد دعواها ويحمل النكاح على الصحة حتى يتبين الفساد.

٣٣٦ـ وَرُبْعُ دِينَارٍ أَقَلُّ المُصْدَقِ وَلَيْسَ لِلأَكْثَرِ حَدٌّ مَا ارْتُقِي

(وربع) خبر **(دينار)** مضاف إليه **(أقل)** مبتدأ **(المصدق)** بضم الميم وسكون الصاد اسم مفعول مضاف إليه أي أقل الصداق ربع دينار ذهباً وصرفه اثنا عشر درهماً شرعياً كصرفه في باب الدية، والصرف واليمين والسرقة بخلاف صرفه في الزكاة والجزية فعشرة دراهم فقط، وقد نظم ذلك **(تت)** فقال:

ديات وصرف مع يمين وسارق نكاح زكاة جزية تم عدها
فصرف أخيرها بعشر دراهم وللباقي زده اثنين غاية عدها

وسيأتي في بيع الحاضن أن صرفه هناك ثمانية دراهم. **(وليس)** فعل ناقص **(للأكثر)** خبرها مقدم **(حد)** اسمها مؤخر **(ما)** نافية **(ارتقي)** بالبناء للمفعول، والجملة صفة لحد أي ليس لأكثره حد من نعته وصفته لا يرتقي عليه ولا يتجاوز لقوله تعالى: ﴿وآتيتم إحداهن قنطاراً﴾ [النساء: ٢٠] ابن رشد: والقنطار ألف دينار ومائتا دينار إلا أن اليسارة فيه أحب لأهل العلم والمغالاة فيه مكروهة كما في **(خ)** وغيره قال في المقدمات: كانت صدقات أزواج النبي ﷺ وبناته على قدر علو قدره وقدرهن اثنتي عشرة أوقية ونشاً والأوقية أربعون درهماً، والنش عشرون درهماً فذلك خمسمائة درهم.

(وربع دينار أقل المصدق) ويفسد النكاح إن نقص عنه وأتمه إن دخل وإلا بأن لم يتمه فسخ، وهذا هو المشهور. قال ابن وهب وغيره: يجوز بالدرهم وبالشيء اليسير. وقال أهل العراق: لا يجوز بأقل من عشرة دراهم كالقطع عندهم صح من المقدمات. **(وليس للأكثر حد ما ارتقى)** أي ليس لأكثر الصداق حد محدود لا يرتقى عليه ولا يتجاوز لقوله تعالى: ﴿وآتيتم إحداهن قنطاراً﴾ [النساء: ٢٠] ابن رشد: والقنطار ألف دينار ومائتا دينار إلا أن المياسرة فيه أحب لأهل العلم اهـ. فما

٣٣٧ـ أَوْ مَا بِهِ قُوِّمَ أَوْ دَرَاهِمُ ثَلاَثَةٌ فَهْيَ لَهُ تُقَاوِمُ

(**أو**) للتنويع (**ما**) موصولة واقعة على العرض ونحوه معطوفة على ربع (**به**) يتعلق بقوله: (**قوم**) والجملة صلة والرابط الضمير النائب في قوم والضمير المجرور يعود على ربع أي أقل الصداق ربع دينار أو عرض قوم به يوم العقد يعني أو بثلاثة دراهم فأيهما ساواه صح به النكاح، ولو نقص عن الآخر كما في (ز) وقيل لا يعتبر التقويم إلا بالدراهم. (**أو**) للتنويع أيضاً (**دراهم**) معطوف على ربع أيضاً (**ثلاثة**) صفة (**فهي**) مبتدأ والفاء سببية (**له**) يتعلق بقوله (**تقاوم**) أي تعادل وتماثل والجملة خبر والضمير المجرور يعود على ربع، ومفهوم أقل أنه إن نقص عما ذكر فسد وهو كذلك (خ) وفسد إن نقص عن ربع دينار أو ثلاثة دراهم خالصة أو مقوم بهما وأتمه إن دخل وإلاّ بان لم يتمه فسخ فملخصه أنه إن بنى لزمه إتمامه وإلاّ فإن أراده لزمه الإتمام أيضاً فإن لم يرده وعزم على عدم الإتمام فسخ وإلاّ بقي له الخيار إلا أن تقوم الزوجة بحقها لتضررها قاله (ز) وقوله: فسخ أي على المشهور. وقال ابن وهب: لا يفسخ وإن وقع بالدرهم والشيء اليسير كالشافعي قائلاً لا حدَّ لأقله كما لا حد لأكثره فكل ما جاز أن يكون ثمناً لشيء أو أجرة لشيء جاز أن يكون مهراً، وبه قال أحمد وإسحاق. وقال أبو حنيفة: أقله دينار أو عشرة دراهم. وقوله: فسخ أي بطلاق لأنه مختلف فيه ولها نصف المسمى كما قال (خ) وسقط بالفسخ قبله الإنكاح الدرهمين فنصفهما الخ.

ولما ذكر أقل الصداق ذكر قدر الثلاثة دراهم الشرعية بدراهم وقته فقال:

٣٣٨ـ وَقَدْرُهَا بِالدِّرْهَمِ السَّبْعَيْنِي نحوٌ مِنَ العِشْرِينَ فِي التَّبْيِينِ

(**وقدرها**) مبتدأ والضمير للثلاثة دراهم (**بالدرهم**) يتعلق بالمبتدأ (**السبعيني**) صفة وهو نسبة إلى سبعين أحد العقود أي الدرهم الذي سبعون منه في الأوقية الشرعية والأوقية الشرعية أربعون درهماً شرعياً قال ابن جزي: إن الدراهم كانت في الأندلس سبعين في الأوقية، ثم ردت ثمانين في الأوقية ونحوه في (ق) قاله (ت) (**نحو**) خبر المبتدأ (**من العشرين**) يتعلق به (**في التبيين**) في موضع الصفة لنحو قال الشارح عن بعضهم أن الدرهم الشرعي فيه من دراهمنا يعني السبعينية

نافية. **فائدة**: قال في المقدمات: كانت صدقات أزواج النبي ﷺ وبناته على علو قدره وقدرهن اثنتي عشرة أوقية ونشاً والأوقية أربعون درهماً والنش عشرون درهماً فذلك خمسمائة درهم (**أو ما به قوم**) أي أو عرض قوم بربع دينار يعني أو بثلاثة دراهم، وقيل: لا يعتبر التقويم إلا بها.

(**أو دراهم ثلاثة**) شرعية (**فهي**) أي الثلاثة دراهم (**له**) أي لربع دينار (**تقاوم**) أي تقابل وتماثل فهو تتميم (**وقدرها**) أي الثلاثة دراهم شرعية (**بالدرهم السبعيني**) نسبة إلى سبعين أحد العقود أي الدرهم الذي سبعون منه في الأوقية وهي دراهم الأندلس في زمانه. قال ابن جزي في قوانينه: إن الدراهم كانت بالأندلس سبعين في الأوقية ثم ردت ثمانين في الأوقية، وفي المواق ما نصه: وكذا اتفق في زمننا حيث كانت الدراهم ضرب سبعين في الأوقية، فلما ردت ثمانين في الأوقية بقي السعر على ما كان عليه، وبقيت تجري مجرى السبعينية اهـ. المراد منه (**نحو من العشرين في التبيين**) قال الشارح عن بعضهم: يتحصل أن الدرهم الشرعي فيه من دراهمنا ستة دراهم وثلاثة أعشار

ستة دراهم وثلاثة أعشار الدرهم قال: ولا شك إنك إذا ضربت ثلاثة في ستة وثلاثة أعشار كان الخارج ثمانية عشر وتسعة أعشار. ولذا قال الناظم: نحو أي يقرب من العشرين، وقد يكون فيها مع ذلك غش أو نقص فلذا قال:

٣٣٩ـ وَيَنْبَغِي فِي ذاكَ الاحْتِياطُ ... بِخَمْسَةٍ بِقَدْرِها تُناطُ

(**وينبغي**) مضارع (**في ذاك**) يتعلق به والإشارة للتبيين (**الاحتياط**) فاعل (**بخمسة**) يتعلق بالاحتياط أي بزيادة خمسة على العشرين فتكون خمسة وعشرين (**بقدرها**) يتعلق بقوله: (**تناط**) بالبناء للمفعول والجملة تعليل لما قبلها أي ينبغي الاحتياط في ذلك البيان بزيادة خمسة إذ يقدرها مع العشرين تناط وتضبط الثلاثة الشرعية، والنوط التعليق يقال ناطه ينوطه أي علقه، ومعنى التعليق هنا الضبط لأنه يفسر في كل شيء بما يناسبه، ألا ترى أنه في تعليق القدرة بالممكنات بمعنى التأثير، وفي تعليق العلم بالمعلومات بمعنى الانكشاف، وفي تعليق المجرور بعامله بمعنى أنه معمول له والله أعلم.

تنبيهان. الأول: ما ذكره الشارح عن بعضهم من أن الدرهم الشرعي فيه من الدراهم السبعينية ستة دراهم وثلاثة أعشار الخ. غير ظاهر إذ الذي تقتضيه القسمة الحيسوبية على ما مرّ من أن سبعين منها في الأوقية والأوقية أربعون درهماً شرعياً أن يكون كل درهم شرعي فيه من الدراهم السبعينية درهم وثلاثة أرباع الدرهم، فالثلاثة دراهم على هذا هي خمسة دراهم سبعينية وربع درهم، فيشكل حينئذ قول الناظم نحو من العشرين الخ. اللهم إلا أن يقال معناه نحو من العشرين ربعاً منه أي من الدرهم السبعيني ونحو الشيء ما يزيد عليه بيسير أو ينقص عنه كذلك كما قاله شراح المتن في فصل الحيض عند قوله النصف ونحوه الخ.

الثاني: قدر الثلاثة الشرعية بالدرهم الفاسي الإسماعيلي عشرة دراهم أي عشر مزونات إسماعيلية هي ثلاثة دراهم شرعية لأن الدرهم الشرعي فيه من الدراهم أي المزونات الإسماعيلية ثلاثة وثلث بالوزن المرضي قاله (ت).

قلت: وسمعت من أشياخنا أن الدرهم السليماني الذي فيه ست مزونات سليمانية هو الدرهم الشرعي أو يقرب منه، فينبغي الزيادة على ذلك للاحتياط.

الدرهم اهـ. ولا شك أنك إذا ضربت ثلاثة في ستة وثلاثة أعشار كان الخارج ثمانية عشر وتسعة أعشار، ولذا قال الناظم: نحو وقد يكون فيها مع ذلك غش أو نقص فلذا قال: (**وينبغي في ذاك**) الصداق الذي هو من دراهم الوقت (**الاحتياط بـ**) زيادة (**خمسة**) تصير خمسة وعشرين (**بقدرها تناط**) الثلاثة الشرعية أي تعلق وتوازى.

قلت: وقدرها بالدرهم الفاسي عشرة بالموازن المرضي لأن الدرهم الشرعي فيه من دراهمنا الإسماعيلية ثلاثة وثلث، وانظر قول الشارح عن بعضهم يتحصل الخ. فإنه غير ظاهر، بل المتحصل من قوله السبعيني، وإن معناه سبعون منه في الأوقية. وقد تقدم أن الدرهم الشرعي أربعون منه في الأوقية أن يكون الدرهم الشرعي من دراهمهم درهمين إلا ربعاً وإن قدر الثلاثة منها خمسة وربع لا غير والله أعلم.

٣٤٠ـ وَمِنْهُ مَا سُمِّيَ أَوْ مَا فُوِّضَا فِيهِ وَحَتْماً لِلدُّخُولِ فُرِضَا

(ومنه) خبر عن **(ما)** الموصولة وصلتها **(سمي)** بالبناء للمفعول ونائبه ضمير الصداق والرابط بين الموصول وصلته محذوف وإن لم تتوفر شروط حذف العائد فهو كقوله:

ومن حسد يجور على قومي وأي الدهر ذو لم يحسدوني

أي: ومن النكاح النكاح الذي سمي الصداق فيه وقدر كما يسمى الثمن في المبيع إلا أنه يجوز فيه خفيف الغرر لبناء على المكارمة دون البيع (خ) الصداق كالثمن ثم قال: وجاز بشورة وعدد من كإبل أو رقيق أو صداق مثل ولها الوسط حالاً الخ، ثم إذا سمي عيناً ودفع عنها حلياً وشورة كما هي عادة أهل البوادي يسمون الصداق دنانير أو دراهم، ثم يأتي الزوج بكسوة وحلي ذهب أو فضة ويقول: اشتريت هذا بكذا وهذا بكذا فأفتى السيوري بفساد النكاح.

قلت: يريد ويفسخ قبل البناء فقط ومحل فساده كما للبرزلي إذا لم يكن ما يأتي به معروفاً لا يختلف في عوائدهم وإلاَّ جاز لأن العادة كالشرط وكأنه تزوجها بتلك الكسوة وذلك الحلي ابتداء لأن الضمائر منعقدة على أن الصداق هو تلك السلع وذلك الحلي والتسمية لغو ولا يحتاج إلى حيازة لأنه ليس بتصيير كما يأتي في فصله وما علل به بعضهم إطلاق فتوى السيوري من أن ذلك يؤول إلى ربا النسا في النقد لأن العادة كالشرط يرد بأن النقد المسمى في العقد لم يتقرر في الذمة حيث كان العرف أنه يأتي بغيره، فكأن النكاح انعقد ابتداء على شورة يأتي بها قيمتها كذا. ويؤيد هذا ما في بيوع البرزلي من أنه إذا سمي في البيع دنانير، والمقصود صرفها بدراهم أو وقع البيع بجزء من دينار إلى أجل ودخلا على أن يعطيه فضة قدرها كذا جاز ذلك. ويكون التعامل بالفضة لا بالذهب، وقد نص عليه أواخر صرف المدونة، وذكر في المعيار عن ابن مرزوق فيمن اشترى شقصاً بدراهم ونقد زيتاً أنهما إن دخلا على ذلك ابتداء فالشفعة بالزيت وبمثل ما للبرزلي أفتى أبو الفضل بن راشد وغيره، وأفتى جماعة منهم أبو سالم الجلالي بما للسيوري من الإطلاق وقد علمت ضعفه والله أعلم. قاله أبو العباس الملوي وقال ناظم العمل:

وما إلا صدقة من مجرد تسمية العين بلا تخلد

بذمة مقوماً فجائز الخ.

(أو) عاطفة **(ما)** موصولة واقعة على النكاح معطوفة على ما الأولى **(فوضا)** بالبناء للمفعول صلتها ونائبه ضمير الصداق **(فيه)** يتعلق بالصلة هو الرابط والتفويض كما لابن عرفة عقد دون تسمية مهر، ولا إسقاطه ولا صرفه لحكم أحد فخرج بالقيد الأول نكاح التسمية، وبالثاني النكاح الذي دخلا على إسقاط الصداق فيه فإنه فاسد يفسخ قبل البناء كما في الشامل وبالثالث

(ومنه) أي من النكاح نكاح تسمية وهو **(ما سمي)** فيه الصداق في العقد كما يسمى الثمن في البيع إلا أنه يجوز فيه من المكارمة وخفيف الغرر ما لا يجوز في البيع (خ) الصداق كالثمن ثم قال: وجاز بشورة أو عدد من كإبل أو رقيق أو صداق مثل ولها الوسط حالاً. **(أو ما فوضا فيه)** أي ومنه نكاح تفويض وهو ما عقد دون تسمية مهر ولا إسقاطه ولا صرفه لحكم أحد وخرج بالقيد الأخير نكاح التحكيم. قال الرصاع: ويرد عليه إذا جرت العادة والعرف بمهر ولم تقع تسمية، فيلزم أن

نكاح التحكيم. قال الرصاع: ويرد عليه إذا جرت العادة والعرف بمهر، ولم تقع تسمية فعن اللخمي أنه تفويض، وعن المازري أنه يسميه. وقال ابن رحال: هذا لا يرد على حد ابن عرفة لأنه حيث كان المهر معروفاً عندهم عادة فالتسمية فيه موجودة ونص ما في المعيار والبرزلي. سئل المازري عن أنكحة البادية والعادة أنهم لا يسمون صدقاتهم ولا يشهدون عليها وقت العقد بل عند البناء والصداق عندهم معروف لا يزاد عليه لجمال ولا ينقص عنه لقبح، فهل يحكم له بحكم التفويض يسقط في الموت ويجب الميراث ويسقط بالطلاق قبل البناء؟ فقال: إن انتهت العادة بأنهما ما سكتا عن التسمية إلا للعلم بها وتفاهمهما أن كل واحد منهما عقد عليها فهو نكاح سمي صداقه وإن سكت عن التسمية والزوج غير ملتزم إليها بل فوض الصداق إليه أو إليها فيفرض صداق المثل، فهذا حكمه حكم التفويض فلها منع نفسها من الدخول حتى يفرض لها ثم قال: ولو أشكل الأمر في قصدها فالأصل أنه تفويض إذا زعم أنه كذلك اهـ باختصار. ثم إذا انعقد النكاح على التفويض فلها منع نفسها من الدخول حتى يفرض لها فإن فرض لها صداق المثل أو أكثر لزمها، وإن فرض لها أقل لم يلزمها، وله حينئذ أن يطلق ولا شيء عليه كما لا شيء عليه في الموت وفيه الإرث، فإن لم يفرض لها حتى دخل لزمه صداق المثل كما قال: (**وحتماً للدخول فرضا**) فاللام بمعنى بعد كقوله تعالى: ﴿أقم الصلاة لدلوك الشمس﴾ [الإسراء:٧٨] أي فرض صداق المثل بعد الدخول فرضاً حتماً أي وجوباً محتماً صفة لمصدر محذوف بمعنى محتماً وللدخول يتعلق بفرض، وأما قبل الدخول فلا يتحتم الفرض إذ لها أن لا تمنع نفسها قبله كما مرّ وله أن يفارق ولو بعد إرادة الدخول. وقول المدونة ليس للزوج البناء حتى يفرض معناه إذا منعت نفسها منه قبل الفرض، وبالجملة إن أراد الدخول ومكنته جاز إلا أنه يكره دون أن يقدم ربع دينار، وإن امتنعت من تمكينه حتى يفرض لها لزمه أحد أمرين: إما الفراق أو الفرض، ولا يحمل النظم على هذا الأخير بجعل اللام للتعليل على حذف الإرادة لأن قوله حتماً ينافيه إذ لا يتحتم الفرض في هذا الوجه كما لا يتحتم عليه إذا لم يرد الدخول وطلبته هي بالفرض، بل يجبر على أحد الأمرين السابقين (خ) ومهر المثل ما يرغب به مثله فيها باعتبار دين وجمال وحسب ومال وبلد وأخت شقيقة أو لأب الخ والحسب ما يعد من مفاخر الآباء ككرم ومروءة.

يكون ذلك من التفويض، ونقل ذلك عن اللخمي وعن المازري أي: حكمه حكم التسمية اهـ. فهما قولان جرى ابن عرفة وغيره على ما للخمي فيظهر منه أنه المعتمد، وحينئذ فلا يقال: ويرد عليه وإذا انعقد النكاح على التفويض ثم ذكر لها قدراً فإن كان صداق مثلها أو أكثر لزمها، وإن كان أقل لم يلزمها وله حينئذ أن يفارق ولا شيء عليه، فإن لم يفرض لها حتى دخل لزمه صداق المثل ولها منع نفسها من الدخول حتى يفرض، ويحتملهما قوله.

(**وحتماً للدخول فرضا**) أي وفرض حتماً لوقوع الدخول أو لإرادته وامتنعت حتى يفرض لها لا إن رضيت، وفي المقرب قال مالك: ليس له أن يبني حتى يفرض لها صداق مثلها إلا أن ترضى منه بدون ذلك، فإن لم ترض منه إلا بصداق مثلها لزمه ذلك إن أراد إمساكها اهـ. وظاهر كلام الناظم وكلام المقرب: أنه لا يجوز الدخول قبل الفرض، ولو رضيت المرأة ومكنت من نفسها ومثله

٣٤١ـ وكُلُّ ما يَصِحُّ مِلْكاً يُمْهَرُ إلاَّ إذَا مَا كَانَ فِيهِ غَرَرُ

(**وكل**) مبتدأ (**ما**) موصول مضاف إليه (**يصح**) صلة (**ملكاً**) تمييز محول عن الفاعل أي ملكه (**يمهر**) خبر (**إلا**) استثناء (**إذا**) ظرف مضمن معنى الشرط خافض لشرطه منصوب بجوابه (**ما**) زائدة (**كان**) فعل ناقص (**فيه**) خبر كان (**غرر**) اسمها والضمير المجرور بفي يعود على ملكاً على حذف مضاف أي إلا إذا كان في بيعه غرر إذ الغرر إنما هو من عوارض البيع لا من عوارض الملك، والجملة في محل جر بإضافة إذا وجوابه محذوف أي: فلا يصح كونه مهراً، وبهذا تكون عبارته مساوية لقول ابن زرقون، ولا يجوز أن يكون صداقاً إلا ما يجوز ملكه وبيعه وحاصل معنى النظم أن كل ما يصح ملكه يصح كونه مهراً إلا أن يكون في بيعه غرر كثير كعبد آبق وجنين وبعير شارد وثمرة لم يبد صلاحها ونحو ذلك كجهل بكقدره ويفهم منه أن ما يصح تملكه ولكنه لا يباع أصلاً كجلد الميتة والأضحية والزيت المتنجس والمدبر وأم الولد لا يكون صداقاً بالأحرى لأنه إذا كان لا يصدق ما يصح بيعه لولا الغرر، فأحرى الذي لا يصح بيعه أصلاً فالناظم نص على المتوهم ليفهم غيره بالأحرى، فعبارته رحمه الله وافية بالمقصود والله أعلم (خ) الصداق كالثمن وشمل قوله ملكاً الذوات والمنافع فيدخل فيه نحو قوله تعالى: ﴿على أن تأجرني ثماني حجج﴾ [القصص: ٢٧] على المذهب، ويؤيده الحديث أنكحها بما معك من القرآن وشرع من قبلنا شرع لنا كما في البرزلي وقولي كثير احترازاً من اليسير، فإنه يغتفر في الصداق فيجوز بشورة وصداق مثل كما مرّ، ولا يجوز ذلك في البيع فالغرر اليسير يفترق فيه البيع والنكاح. ابن سلمون: ولا بد من بيان السكة إن كان الصداق دنانير أو دراهم، فإن سقط ذكرها كان لها السكة الجارية في البلد في تاريخ النكاح فإن اختلفت أخذت من الأغلب فإن تساوت أخذت من جميعها بالسوية كمن تزوج برقيق ولم يصف حمراناً ولا سوداناً اهـ. ونحوه في المتيطية، ومثل هذا يأتي في البيع إن شاء الله.

قول المدونة: وليس للزوج البناء حتى يفرض وقريب منه في الرسالة، لكن نص أبو الحسن على أن ذلك على الاستحباب لقول ابن حبيب وغيره: لا ينبغي أن يبني بالمفوضة ولا يخلو بها حتى يقدم ربع دينار فأكثر اهـ. قاله في التوضيح. قال: والجواز هو الذي يفهم من قول ابن شاس وابن الحاجب، وللمرأة طلب التقدير قبل الدخول فإن وقع الرضا وإلا فسخ اهـ. وقال ابن عبد السلام: وإنما فعل لها ذلك في المدونة إذا أراد البناء ورده في التوضيح. والحاصل: إن أراد الدخول ومكنته جاز خلافاً لظاهر المدونة وغيرها إلا أنه يكره دون أن يقدم ربع دينار، وإن أراده وأبت حتى يفرض لها أجيبت ولزمه ذلك، وإن لم يرده وطلبت الفرض أجيبت أيضاً كما لابن شاس وابن الحاجب خلافاً لابن عبد السلام (خ) ومهر المثل ما يرغب به مثله فيها باعتبار دين وجمال وحسب ومال وبلد وأخت شقيقة أو لأب.

(**وكل ما يصح ملكاً يمهر إلا إذا ما كان فيه غرر**) كثير كعبد آبق وبعير شارد وثمرة لم يبد صلاحها، فما لا يجوز بيعه لا يجوز كونه صداقاً، وربما أشعر هذا بأن ما شاركه في كونه لا يباع لا يكون صداقاً وإن صح ملكه ولم يكن فيه غرر كضحية وأم ولد وزيت نجس، فلو قال: وكل ما

٣٤٢ـ والمَهرُ والصَّداقُ ما قَدْ أُصْدِقَا وفي الْكِتابِ بالمَجازِ أُطْلِقَا

(والمهر والصداق) مبتدأ ومعطوف عليه (ما) موصول خبر (قد أصدقا) بالبناء للمفعول صلة (وفي الكتاب بالمجاز) يتعلقان بقوله: (أطلقا) بالبناء للمفعول ونائبه ضمير الصداق وألفه للإطلاق لا للتثنية «وفي» بمعنى «على» ويحتمل وهو الظاهر أن الباء في قوله بالمجاز زائدة لا تتعلق بشيء لأنه منصوب على المفعولية المطلقة جر بالباء الزائدة أي إطلاقاً مجازياً ومعناه أن المهر والصداق اسمان لشيء واحد وهو ما يدفع للزوجة صداقاً، ويطلق الصداق وحده على الكتاب الذي تقع فيه شهادة النكاح مجازاً، وإنما حقه أن يسمي كتاب الصداق أو كتاب النكاح قاله ابن سلمون. ولعل الناظم إنما ذكر هذه المسألة مع أن مرجعها إلى اللغة التي لم تقصد بهذا النظم لينبه على أن المرأة إذا اعترفت بإعطاء صداقها لزوجها أو غيره، فزعم الزوج أو الغير أنها أعطته ما فيه هبة عليه، وزعمت هي أنها أعطته رسمه ليكون وديعة عنده، فإن القول لها لأنها ادعت ما هو عرف الناس من إطلاق الصداق على الرسم المكتوب فيكون البيت المذكور راجعاً لبيان الأحكام المقصودة من هذا النظم على هذا الاعتبار إذ لا زال على ذلك عرف الناس إلى الآن والله أعلم.

٣٤٣ـ وَيُكْرَهُ النِّكَاحُ بِالمُؤَجَّلِ إلا إذَا ما كانَ مَعْ مُعَجَّلِ

(ويكره) بالبناء للمفعول (النكاح) نائبه على حذف مضاف أي عقد النكاح (بالمؤجل) يتعلق بيكره أي يكره عقده بالصداق المؤجل كله بدليل قوله: (إلا) استثناء (إذا) ظرف مضمن معنى الشرط خافض لشرطه منصوب بجوابه (ما) زائدة (كان) فعل ناقص واسمها ضمير المؤجل (مع) بسكون العين (معجل) مضاف إليه والظرف يتعلق بمحذوف خبرها، ويحتمل أن تكون تامة أي إلا إذا كان المؤجل مصحوباً بمعجل أو وجد المؤجل مع معجل بأن عقداه على أن بعضه مؤجل وبعضه معجل فلا كراهة عند ابن القاسم، وعليه عمل الناس اليوم حتى أنه في القوانين جعل ذلك مستحباً، وكرهه مالك بالمؤجل مطلقاً، وعليه اقتصر (خ) حيث قال: وكراهته كالمغالاة فيه والأجل الخ. ثم إذا قلنا بصحته بالمؤجل مع كراهته أو بدونها فلا بد أن يكون الأجل معلوماً. قال في الشامل: وفسد بمؤجل بعضه بكمشيئته أو بكموت أو فراق. وقال (خ) أيضاً عاطفاً على

يصح بيعاً. وعبارة ابن زرقون لا يكون صداقاً إلا ما يجوز ملكه أو بيعه. (والمهر والصداق) اسمان مسماهما شيء واحد وهو (ما قد أصدقا) أي بذل ودفع للزوجة صداقاً. قال ابن سلمون: وقد يسمون المكتوب فيه شهادة النكاح صداقاً على جهة التجوز وهو معنى قوله: (وفي الكتاب بالمجاز أطلقا) وإنما حقه أن يسمي كتاب الصداق أو النكاح.

(ويكره) أن يعقد (النكاح بـ) الصداق (المؤجل) كله بدليل قوله (إلا إذا ما كان مع معجل) أي دخلا على أن بعضه معجل وبعضه مؤجل، وهذا قول ابن القاسم وكرهه مالك أيضاً. وقال: إنما الصداق فيما مضى ناجز كله (خ) وكراهته كالمغالاة فيه والأجل فشمل الكل والبعض وفي القوانين لابن جزي، ويستحب الجمع بين النقد والكالىء، ويقدم ربع دينار قبل الدخول ومنع قوم الكالىء وأجازه الأوزاعي لموت أو فراق اهـ.

الفاسد ما نصه: أو بعضه لأجل مجهول أو لم يقيد الأجل الخ. والمراد أنه يفسخ قبل البناء وإن رضي بتعجيله ويثبت بعده بالأكثر من المسمى وصداق المثل كما لشراحه، وإذا قلنا لا بد من علم الأجل فاختلف في الحد الذي يؤجل إليه ففي ابن سلمون والكالىء هو المؤخر وتأجيله إلى العشرين فما دون جائز باتفاق وهو معنى قوله:

٣٤٤ـ وَأَمَدُ الكَوالِىءِ المُعَيَّنَهْ سِتَّةُ أَشْهُرٍ لِعِشْرِينَ سَنَهْ

(وأمد الكوالىء) مبتدأ ومضاف إليه **(المعينه)** بفتح الياء صفة أي المعينة آجالها كقوله تعالى: ﴿في عيشة راضية﴾ [القارعة: ٧] **(ستة أشهر)** خبر لمبتدأ مضمر أي الجائز من ذلك التأجيل ستة أشهر الخ. والجملة من المبتدأ الثاني وخبره خبر الأول، ويحتمل أن يقدر هذا الإضمار قبل قوله: وأمد الخ. أي والجائز من أمد أي أجل الكوالىء المعينة آجالها هو ستة أشهر **(لعشرين سنه)** واللام بمعنى إلى وسنة تمييز.

٣٤٥ـ بِحَسَبِ المهُورِ في المِقْدَارِ وَنِسْبَةِ الأزْوَاجِ والأَقْدَارِ

(بحسب) خبر لمبتدأ مضمر أي وذلك يختلف بحسب اختلاف **(المهور في المقدار)** أي في مقدارها قلة وكثرة حال معاقبة للضمير **(و)** يختلف بحسب **(نسبة الأزواج)** صغراً وكبراً ولو قال وسني الأزواج **(والأقدار)** لكان أحسن قاله (م) قال ابن أبي لبابة: إن كان الزوجان صغيرين أجل الكالىء لعشرين سنة ونحوها. ابن عرفة، عن التونسي: التحقيق أنهم إنما كرهوا البيع والنكاح إلى بعيد الأجل الذي لا يجاوز عمر الإنسان لأنه يصير غرراً كحلوله بموته ولو نكح أو اشترى ابن ستين إلى عشرين لم يجز لأن الغالب أنه لا يعيش لذلك بخلاف ابن العشرين لأن حياته له مما الغالب أنه يعيش له جائز اتفاقاً وما لا يعيش إليه غير جائز اتفاقاً. وقول الناظم: والأقدار أي بحسب ضعة الأقدار وارتفاعها. وظاهره بل صريحه أن الاختلاف بما ذكر إنما يعتبر داخل العشرين، وأما ما زاد عليها لا يجوز تأجيله إليه ويفسخ وهو رأي ابن وهب، وبه كان يقول ابن القاسم أيضاً، ثم رجع ابن القاسم إلى أنه لا يفسخ في الثلاثين ولا في الأربعين بل فيما فوقها،

قلت: وكان هذا الاستحباب هو الأصل في تمالىء الناس عليه. **(وأمد الكوالىء المعينة)** أي الجائز من أمرها وتأجيلها **(ستة أشهر لعشرين سنة)** وذلك **(بحسب المهور في المقدار)** قلة وكثرة **(و)** بحسب **(نسبة الأزواج)** قال ابن لبابة: إن كان الزوجان صغيرين أجل الكالىء لعشرين سنة ونحوها **(والأقدار)** للأزواج وانظر ما عينه مبدأ التأجيل بقوله: ستة أشهر فلم أر ما يشهد له إلا ما ذكره ابنه عن المتيطية عن سحنون أن مالكاً كره أجل الكالىء بعيداً جداً وقريباً جداً، وأجاز المتوسط لكنه لم يصرح بأن ما دون الستة هو القريب جداً فكأنه حمله على ذلك، وأما قوله لعشرين سنة فهو ما اتفق عليه ابن القاسم وابن وهب، وأنه يفسخ فيما زاد عليها، ثم أقام ابن وهب على رأيه، ورجع ابن القاسم فقال: لا أفسخه في العشرين ولا إلى الثلاثين ولا إلى الأربعين، وأفسخه فيما فوق ذلك ولأصبغ: يفسخ في العشرين، وحكى ابن رشد في سماع أصبغ من جامع البيوع اتفاق المذهب على فسخ النكاح لأجل بعيد، وذكر في حده أربعة أقوال: ما فوق العشرين ما فوق الأربعين لا يفسخ إلا في الخمسين والستين لا يفسخ إلا في السبعين والثمانين اهـ. وعلى ثالثها حمل المحققون قول (خ) أو زاد على خمسين سنة.

وعنه أيضاً لا يفسخ إلا في الخمسين لأنه كما للبساطي مظنة إسقاطه وظاهره، ولو كان الزوجان صغيرين يبلغه عمرهما ظاهراً وهو المعتمد وعليه حمل الشراح قول (خ) أو زاد على خمسين سنة وعنه أيضاً لا يفسخ إلا في السبعين والثمانين. ابن عرفة: ما أجل لأجل مجهول يفسخ قبل البناء فإن بنى جاز النكاح وما بمائة نقداً ومائة لموت أو فراق المشهور كذلك، ومفهوم المعينة أي آجالها أن الأجل إذا لم يعين كان فاسداً كما مر.

ويترتب على ذلك فروع. **الأول**: إذا كان العرف أن الصداق إلى موت أو فراق، ولكن عند الإشهاد يكتبونه على الحلول وطلبت الزوجة قبضه واحتجت بالكتابة المذكورة، فهل تمكن من قبضه من الزوج إذا لم يكن طلاق؟ ففي البرزلي أنه سئل ابن عرفة عن ذلك فقال: اختلف فيها الشيوخ فقيل: يقضي لها، وقيل: لا لجري العادة بأنه لا يطلب إلا إلى موت أو فراق فألزم كون أنكحتهم فاسدة لأن العادة كالشرط فالتزمه قال: وفرق بين ما جرت العادة بتأخيره وبين ما جرت العادة بأن المرأة لا تقوم بطلبه، ونقله العلمي أيضاً وزاد إثره عنه كان شيخنا ابن عبد السلام لا يقضي به، ثم كتب لبعض تلامذته بالقضاء به كدين حال اهـ. وتأمل قوله: وفرق بين ما جرت العادة بتأخيره الخ. فإن الظاهر أنه لا فرق بينهما على أنه إذا جرى العرف في شيء بما يوجب فساده فلا وجه للتحرز منه إلا بالإشهاد بما يوجب جوازه من حلول أو أجل معلوم، ونحو ذلك، فكيف يقال بإلغاء الإشهاد المذكور، اللهم إلا أن يقال أن قصدهم به عدم التحرز لكون عرفهم جرى بذلك فتأمله. ثم ذكر العلمي المذكور في نوازل الإقرار عن أبي عبد الله القوري وأبي العباس أحمد الزقاق أن المرأة لا تمكن من قبض الكالىء بعد حلوله ولا يقضى لها بقبضه إلا عند موت أو فراق لأن العادة جرت بذلك اهـ. وذكر ابن سلمون أول الأنكحة القولين القضاء للمتقدمين وعدمه للمتأخرين قال: وعليه القضاء الآن اهـ. وظاهر قولهم لجري العادة الخ. أنه يحل بالطلاق كما يحل بالموت فإذا طلقها وبعضه لم يحل أدى لها الجميع للعادة المذكورة، ورأيت بعض أهل سجلماسة طلق زوجته فطالبته بما لم يحل منه فأمرها القاضي إن ثبت أن عادتهم ذلك.

الثاني: إذا تزوجها بمائة ولم يسم نقداً ولا كالئاً فهي حالة كما مرّ عن المدونة عند قوله: والمهر والصيغة الخ. وقد تقدم هناك أن أبا الحسن قال: إذا اتفق هذا في زماننا فالنكاح فاسد لأن العرف جرى أنه لا بد من الكالىء فيكونان قد دخلا عليه ولم يضربا له أجلاً، لكن قال في الفائق عن بعضهم: إن قول أبي الحسن إنما يجري على قول ابن مغيث عن بعضهم أنه إذا كان أجل الكوالىء متعارفاً عند قوم فتزوج على نقد وكالىء ولم يضربا له أجلاً فإنهما يحملان على العرف ويكون النكاح صحيحاً، وأما على المشهور من أنه لا يراعي العرف ويكون النكاح فاسداً فالجاري عليه صحة النكاح ويحكم بالحلول ولا يعتبر العرف إذ لا يفسر ما أبهمه المتعاقدان وهو خلاف قول أبي الحسن في المسألة اهـ. وما ذكره ابن مغيث نقله ابن سلمون وغيره.

قلت: وهذا يشبه ما قالوه في البيع فيمن ابتاع سلعة بثمن وادعى أنه مؤجل. وقال البائع: حال من أن السلعة إذا كان لها أجل معروف تباع عليه فالقول لمدعيه فانظر ذلك عند قول (خ) في الإقرار وقبل أجل مثله في بيع الخ. وعند قوله في اختلاف المتبايعين فالقول لمنكر

التقضي الخ. وهذا كله إذا كان للكالىء أجل معروف غير الموت والفراق، أما إذا كان لا عادة لهم فيه إلا هذين كما مرّ في الفرع قبله أو تارة بهما وتارة بغيرهما فلا إشكال في الفساد، ولعله مراد أبي الحسن، وبالجملة فالكلام فيما قاله أبو الحسن ثبت بمجرد العادة وتأجيله بالموت والفراق كذلك فيكون فاسداً لأنه إذا فسد للعادة بتأخيرهما مع الإشهاد بما يوجب الصحة على خلاف فيه على ما مرّ فينبغي أن يتفق على فساده فيما إذا لم يقع إشهاد أصلاً. وقال ابن مغيث وصاحب الاستغناء: إنما هو فيما إذا ثبت الكالىء بالنص أو بالإقرار وكان عرفهم تأجيله بغير الموت والفراق كما يعلم من كلاميهما المتقدم، فالغرر في الموت والفراق أشد منه في غيرهما فقول الفائق أن ما لأبي الحسن جار على ما لابن مغيث يريد في مراعاة مطلق العرف لا من كل وجه. وقوله: وأما على المشهور الخ. ما ذكره من أن المشهور عدم مراعاة العرف هو ظاهر قول الناظم الآتي: وأجل الكالىء مهما أغفلا الخ. وهو ظاهر المتيطية والفشتالي وابن سلمون وغيرهم وظاهرهم أن ما لابن مغيث مقابل، ولكن قد علمت من الفرع الذي قبل هذا أن المتأخرين على اعتباره وعليه جاءت فتاويهم كما مرّ عن القوري والزقاق، وفي المعيار عن العبدوسي في امرأة ضاع رسم صداقها فطلبت هي أو ورثتها كالئها بعد موت زوجها أن المتأخرين اختلفوا، فمنهم من قال: يقضي لها بكالىء مثلها مع يمينها إذ العادة ترك طلبها له إلا عند موت أو فراق، ومنهم من قال: لا يقبل قولها لأن الأصل البراءة وقد يتزوجها بغير كالىء ويلزم الورثة اليمين إذا ادعت عليهم معرفة ذلك، وبالأول أفتى أبو الحسن الصغير وبالثاني أفتى غيره اهـ.

قلت: ما أفتى به أبو الحسن نقله صاحب الدر النثير والبرزلي عن أبي صالح، وأفتى به غير واحد من المحققين كابن هلال والونشريسي وابن عرضون حسبما في الزياتي وغيره، واقتصر عليه غير واحد حتى قالوا إنه لا تهمة في إقرار الزوج لزوجته في المرض بكالئها لأنه لو لم يقر به لأخذته من تركته بدون إقرار للعادة المذكورة، فلو لم تراع العادة المذكورة عندهم ما أفتوا بوجود الكالىء وببقائه في ذمته مع أنه قد يتزوجها بدونه، كيف وقد تقدم في الفرع قبله أن المتأخرين على عدم تمكينها من طلبه لتلك العادة وأن القضاء بقولهم وظاهرهم أنها تحاصص به أرباب الديون الثابتة بالبينة لأن العرف قائم مقام شاهد أو شاهدين كما مرّ والشاهد الواحد يحاصص به صاحبه مع ذي الشاهدين وأن كالئها لا يبطل بطول الزمان كالديون على المعتمد فيها، وممن أفتى بأنه لا كالىء لها إذا قامت البينة عليه ابن لبابة ونحوه لسيدي إبراهيم اليزناسني حسبما في نوازل الدعاوى من المعيار فتبين أن المعتمد عند أكثر المتأخرين هو مراعاة العرف المذكور، وعليه فيكون النكاح معه فاسداً عندهم لأنه لموت أو فراق وما لابن مغيث فيما إذا كان العرف مضبوطاً بغيرها كما مرّ والعادة اليوم عندنا أنه يكتب مؤجلاً من العشرة إلى العشرين كما للناظم، ولكن لا يطلب إلا بموت أو فراق فيجري فساده على الخلاف المتقدم إن كانوا لا يقصدون فيما يظهر بضرب الأجل الخروج من الفساد كما مرّ فحرر النقل في ذلك، وانظر الشراح عند قول (خ) أو بعضه لأجل مجهول والله أعلم.

الثالث: في أنكحة المعيار سئل اللخمي عمن يقول يكون الصداق وقت الابتناء ولم يعين وقته هل يفسد؟ فأجاب: بأن النكاح جائز وهو القياس لأن الثمن يدفع عند قبض المبيع لأنه متى

عجلت السلعة تعجل قبض الثمن ومتى تأخرت تأخر. قال سيدي العربي الفاسي: وهو الأشبه لأن مراد الناس بذلك أن وقت قبض النقد من حين العقد إلى حين البناء فيكون على معنى الحلول الخ. وعلى هذا عمل فاس قال ناظمه:

والنقد إن أجل بالدخول   إليه من عقد على الحلول

لأن المعنى أن النقد على الحلول فتطلبه المرأة متى مكنت من سلعتها، وذلك في طوقها من الآن كما أن السلعة في البيع كذلك خلافاً للسيوري القائل بفساد النكاح إن لم يعلم وقت الدخول وهو ظاهر قول (خ) وإلى الدخول إن علم الخ. ومحل ما للخمي ومن معه إذا كانت مطيقة وهو بالغ فإن كانت غير مطيقة أو كان هو غير بالغ تعين على التنصيص على الحلول أو يعين الأجل.

الرابع: إذا مات أحد الزوجين قبل الدخول في النكاح المؤجل نقده بليلة البناء وهي مجهولة أو كان كالئه إلى غير أجل، وقلنا بفساد النكاح فالذي في ضيح عن ابن رشد: أنه لا صداق في الفاسد لصداقه على الصحيح، وإنما فيه الميراث. ونقل العلمي عن والده أن الذي ارتضاه المتأخرون، وبه كان يفتي العبدوسي وابن آملال إجراؤه مجرى نكاح التفويض فيه الإرث دون الصداق. قال: وبه العمل ونقل قبل ذلك عن سيدي العربي الفاسي وسيدي محمد بن سودة أنهما أفتيا فيه بلزوم الإرث والصداق معاً. قال ابن سودة: واللازم فيه هنا المسمى، وذكر أبو الحسن أوائل النكاح الثاني من المدونة في الفاسد لصداقه أقوالاً يمضي بالعقد يفسخ قبل ويثبت بعد، فإن طلق قبل الدخول لم يكن لها شيء كالتفويض يفسخ قبل وبعد قال: واختلف في تأويل قول مالك في الفسخ قبل فمنهم من جعله على الإيجاب عقوبة له لئلا يعود إلى مثل ذلك، ومنهم من جعله على الاستحباب والاحتياط ليخرج من الخلاف انتهى باختصار. فانظره وهذه الفروع لها تعلق أيضاً بما يأتي في قوله:

وأجل الكالىء مهما أغفلا الخ

فصل

(في) تعيين (**الأولياء**) من هم وترتيبهم (**وما يترتب على الولاية**) من توكيل المالكة والوصية والمعتقة وأن المرأة لا تعقد نكاح امرأة لأن الولي متى أطلق فالمراد به ولي المرأة، وكذا ولي الزوج

فصـــل

(في) تعيين (**الأولياء**) وترتيبهم (**وما يترتب على الولاية**) كتوكيل المالكة والوصية والمعتقة وأن المرأة لا تعقد نكاح امرأة لأن الولي متى أطلق، فالمراد به ولي المرأة. ابن عرفة: الولي من له على المرأة ملك أو أبوة أو تعصيب أو إيصاء أو كفالة أو سلطنة أو ذو إسلام فالأخوة للأم لغو. وروي على أن زوج أخ لأم مضى اهـ. وقوله: أبوة يشمل الجد للأم، وليس بمراد. وقوله: أو إيصاء يريد من الأب ووصيه وشمل قوله: أو كفالة الكافلة وفيها قولان. وقال ابن زرب: لا مدخل للنساء في النكاح بالكفالة، واعتمده الزرقاني وغيره فقالوا: لا ولاية لها على المذهب.

إذا كان رقيقاً أو محجوراً كما يأتي والأولياء جمع ولي. ابن عرفة: هو من له على المرأة ولاية ملك أو أبوة أو تعصيب أو إيصاء أو كفالة أو سلطنة أو ذو إسلام فالإخوة للأم لغو، وروي على أن زوج أخ لأم مضى اهـ. فقوله: على المرأة يشمل الحرة والأمة، وقوله: أو أبوة يشمل الجد للأم وليس بمراد. وقوله: أو تعصيب كان شقيقاً أو لأب، ويدخل فيه العم وابن العم، وقوله: أو إيصاء يشمل الوصي ووصيه. وقوله: أو كفالة يشمل الكافلة والمذهب أنه لا ولاية لها كما في (ز) وقوله: أو سلطنة يعني القاضي أو نائبه. وقوله: أو ذو إسلام معطوف على قوله: من له على المرأة ولاية وهو أعم الولايات قاله ميارة.

٣٤٦- وَعَاقِدٌ يَكُونُ حُرًّا ذَكَرَا مُكَلَّفاً والقُرْبُ فِيهِ اعْتُبِرَا

(وعاقد) مبتدأ سوغه العموم أو كونه صفة لمحذوف أي شخص عاقد (يكون) اسمه ضمير مستتر (حراً) خبره (ذكرا) خبر بعد خبر، والجملة من يكون وخبرها خبر المبتدأ (مكلفاً) خبر بعد خبر أيضاً (والقرب) مبتدأ (فيه) يتعلق به أو بقوله (اعتبرا) بالبناء للمفعول. والجملة خبر القرب والجملة من القرب وما بعده حال، والمعنى أنه يشترط في كل عاقد على وليه أن يكون حراً ذكراً مكلفاً أي عاقلاً بالغاً، وأن يكون قريباً من المنكحة بحيث يكون أحق ممن هو أبعد، وهذا حيث يمكن وجوده وإلا فلا يشترط كما إذا لم يكن لها قريب أصلاً. ابن عرفة: شرط الولي عقله وبلوغه وحريته وذكوريته فالمعتوه أو الصبي ساقط وكذا ذو الرق والمرأة ويوكلان لعقد ما وكلا أو أوصيا عليه أو ملكته المرأة في الإناث ويليانه في الذكور اهـ. وزاد ابن الحاجب كونه مسلماً لا كافراً حلالاً لا محرماً، ولعل الناظم إنما أسقط الإسلام لأن الكافر ليس مسلوب الولاية على الإطلاق، بل على المسلمة فقط لا الكافرة إذ له أن يزوجها لمسلم وأسقط كونه حلالاً لأن عدم الإحرام ليس شرطاً في الولي فقط، بل هو شرط حتى في الزوجة والزوج (خ): ومنع إحرام من أحد الثلاث الخ. أي: ويفسد النكاح بسببه قبل البناء وبعده وأما العدالة والرشد فشرط كمال فيه فقط (خ) لا فسق أي فلا يسلب الولاية وإنما يسلب الكمال فقط في ثم قال: وعقد السفيه

(وعاقد) مبتدأ سوغ الابتداء به جريه على موصوف أي وولي عاقد (يكون) خبره أي شرط الولي الذي يصح عقده ويستحق أن يتولاه أن يكون (حراً ذكراً مكلفاً) أي عاقلاً بالغاً. فهذه أربعة شروط ولا بد من شرطين آخرين أن يكون مسلماً حيث عقد على مسلمة، وأن يكون غير محرم وأما كونه عدلاً رشيداً فشرط كمال قال في التوضيح: وللولي ثمانية شروط. ستة متفق على اشتراطها في صحة الولاية وهي البلوغ والعقل والذكورة والحرية والإسلام، وأن يكون حلالاً. واثنان مختلف فيهما وهما العدالة والرشد اهـ. ونحوه في المقدمات وهل الولاية حق للمرأة فلا يعقد عليها الولي إلا بتفويض منها له على ذلك ما عدا الأب. وهو قول ابن القاسم أو هو حق للولي فله العقد عليها من غير تفويضها وهو لابن حبيب قولان. حكاهما في التوضيح، ومقتضى كون الحق لها أن تفوض لأجنبي مع وجود القريب أو الأبعد، وهذا لا يقوله أحد فلعل معنى الخلاف هل لها مع الولي حق أم لا؟ (والقرب فيه) أي العاقد (اعتبرا) لم أر من ذكر هذا الشرط غير الناظم، وفيه نظر لاقتضائه أن لا يصح عقد الوصي حيث يكون أجنبياً ولا الكافل ولا الحاكم، فإن أراد أن القريب شرط حيث يوجد القريب مع غيره، قلنا: هو مع ما فيه مستغنى عنه بما ذكره من الترتيب في قوله:

ذو الرأي بإذن وليه فأفاد أن السفيه إن كان ذا رأي يعقد على وليته لكن بإذن وليه، وأما اشتراط القرب الذي في النظم فمعناه أنه شرط في الجواز ابتداء فإن وقع ففي صحته تفصيل فالولي المجبر لا يصح أن يعقد أحد على وليته بدونه وإن عقده غير مجبر أبعد مع وجود أقرب منه صح (خ) وصح بأبعد مع أقرب إن لم يجبر ولم يجز، وقال أيضاً: وصح بها في دنية مع خاص لم يجبر الخ. فقوله: والقرب الخ. كلام مجمل يفصله ما بعده من ترتيب الأولياء، واختلف هل الولاية حق للولي فله العقد عليها بغير تفويضها وهو لابن حبيب، أو حق للمرأة فلا يعقد عليها الولي إلا بتفويض منها له على ذلك ما عدا الأب وهو قول ابن القاسم. قولان حكاهما في ضيح.

قلت: الظاهر أن محل هذا الخلاف إذا وجدت الكفاءة ورضيت بالزوج والصداق هل لا يتولى العقد حينئذ حتى تأذن له فيه أو له أن يعقد بغير إذن لوجود الرضا؟ فمعنى كونها حقاً لها على الثاني أنه لا بد من إذنها في العقد لوليها فقط كما يرشد له قول (خ) ورضا البكر صمت كتفويضها قالوا لجواز أن تكون حلفت أن لا تتزوج بعقده، وهذا في الولاية العامة والخاصة المتعددة كشقيقين لها حلفت أن لا تتزوج بعقد أحدهما، فلا بد حينئذ من إذنها له في العقد، وليس المراد أن لها أن تأذن لمن شاءت ولو لأجنبي إذ هذا لم يقله أحد والله أعلم.

ولما كان القرب المشترط في الولاية معتبراً بالأقرب فالأقرب لا مطلقاً بين الأقرب من غيره مقدماً على ذلك الملك المقدم على سائر القرابة فقال:

٣٤٧ ـ والسَّبْقُ لِلْمَالِكِ فابنٍ فأبٍ ... فالأخُ فابْنِهِ فَجدُّ النَّسَبِ

(**فالسبق**) مبتدأ (**للمالك**) خبره أي فيعقد على أمته ولو كان لها أب أو ابن حران ولا ولاية لهما معه (**فابن**) بالجر عطف على المجرور قبله أي فإن لم يكن مالك فالابن وإن سفل يقدم على من بعده وظاهره ولو من زنا وهو كذلك إن ثيبت بحلال ثم زنت فأتت به منه لا أن ثيبت ابتداء بزنا فأتت به أو كانت مجنونة أو سفيهة ولو بتحديد حجر في وقت يجوز فإن الأب ووصيه يقدمان عليه (**فأب**) بالجر أيضاً عطف على ما مر والمراد به الشرعي لا مطلق من خلقت من مائه إذ الأب الزاني لا عبرة به والوصي قائم مقام الأب كما يأتي (**فالأخ**) بالجر أيضاً والمراد به لغير أم (**فابنه**) بالجر أيضاً وإن سفل (**فجد**) بالجر أيضاً (**النسب**) مضاف إليه أي وإن علا واحترز بالنسب من الجد للأم فإنه لا ولاية له وما ذكره من تقديم الأخ على الجد هو المشهور وقال المغيرة: الجد قبل الأخ وهذا أحد الأبواب التي يتقدم فيها الأخ وابنه على الجد المشار إليها بقول (**عج**):

بغسل وإيصاء ولاء جنازة ... نكاح أخاً وابناً على الجد قدم
وعقل ووسطه بباب حضانة ... وهو مع الآباء في الإرث والدم

(**والسبق للمالك**) فيعقد على أمته ولو كان لها أب أو ابن حي فلا كلام لهما معه (**فابن**) وإن سفل وإنما يقدم الابن على الأب إذا لم تكن مجبرة له ولا حدد عليها الحجر في وقت يجوز له ذلك، وإلا فالأب مقدم على ابنها وكذا الوصي (**فأب**) شرعي لا من خلقت من مائه (**فالأخ**) لغير الأم (**فابنه**) وإن سفل (**فجد النسب**) على المشهور وإن علا. وقال المغيرة: الجد قبل الأخ، واحترز بقيد

وهذا كله في الجد دنية فالجد الثاني يقدم عليه العم لأن الجد الثاني بالنسبة للعم كالجد الأول بالنسبة للأخ فكما يقدم الأخ وابنه على الجد كذلك يقدم العم وابنه على أبي الجد قاله بعض.

٣٤٨ـ فالأقربينَ بَعْدُ بالتَّرتيبِ بحَسَبِ الدُّنوِّ في التَّعْصِيبِ

(فالأقربين) عطف على المجرور أيضاً **(بعد)** بالضم لقطعه عن الإضافة **(بالترتيب)** في موضع نصب عن الحال من الأقربين أي فالسبق بعدما ذكر للأقربين حال كونهم مرتبين **(بحسب الدنو في التعصيب)** في الميراث فيقدم العم الشقيق على الذي للأب وابن العم الشقيق على ابن العم للأب وهكذا كما أن الشقيق في الأخوة وفصولها مقدم على غيره (خ): وإن تنازع الأولياء المتساوون في العقد نظر الحاكم الخ. وبقي على الناظم المولى الأعلى لأنه عاصب ثم الأسفل على خلاف فيه، ثم الكافل ثم الحاكم ثم ولاية الإسلام فإن عقد الأبعد من هذه المراتب مع وجود الأقرب وعلمه به فإما أن يكون الأقرب مجبراً أم لا ففي الأول لا يجوز ولو أجازه المجبر كما أفاده (خ) بقوله وبأبعد مع أقرب إن لم يجبر ولم يجز. وقال أيضاً: وصح بها في دنية مع خاص لم يجبر كشريفة دخل وطال واحترزت بقولي وعلمه به مما إذا لم يعلم به كالقاضي مثلاً يثبت عنده أنه لا ولي للمرأة فيزوجها ثم يتبين أن لها ولياً كولد ونحوه، فإن النكاح صحيح جائز ابتداء كما في (ح) عند قوله: وعزر شاهداً بزور الخ. وقال (خ) أيضاً: وإن أجازه مجبر في ابن وأخ وجد

النسب من الجد للأم **(فالأقربين)** الأعمام وأبنائهم وسائر العصبة **(بعد بالترتيب بحسب الدنو في التعصيب)** في الميراث فيقدم الأخ الشقيق على الذي للأب (خ) وقدم الشقيق على الأصح والمختار. ابن عرفة في تقديمه روايتان لابن حبيب مع قول ابن القاسم ولها وأجراهما اللخمي في ابنيهما والعمين وابنيهما وبقي على المصنف من الأولياء المولى الأعلى والأسفل على خلاف فيه، ثم الكافل ثم الحاكم، ثم ولاية الإسلام بأن توكل رجلاً من المسلمين فيعقد لها فإن تعدى على الولي غيره فعقد دونه ففي ذلك تفصيل مقرر في محله. ومنه مسألة أبي سعيد بن لب في صبية زوجها خالها مع عم لها علم بالنكاح، وفهم منه الرضا إلا أنه لم يعقد ولا وكل، وأقام الزوج معها نحو الأربعة أشهر ثم طلقها وأراد ارتجاعها عند قاض، فرأى أن النكاح مفسوخ وردها لصداق مثلها وألغى النكاح. فأجاب: بأن هذا النكاح عقده ولي عام مع وجود خاص ولا اعتبار برضا العم إذا لم يعقد ولم يوكل. ذكر ذلك ابن الحاج في نوازله في نكاح الخال مع حضور الأخ الشقيق ورضاه دون تقديم منه فقال: ليس حضور الأخ عقد النكاح ورضاه بعقد الخال بشيء حضوره كغيبته إذا لم يتول العقد. ولم يقدم، ثم نقل في آخر كلامه عن ابن حبيب: إذا كان الأقرب حاضراً وعلم ولم يغير، فإن ذلك يحمل منه على الرضا والتسليم وهو خلاف ما لابن الحاج قال: وإذا كانت الزوجة قد بلغت واستؤمرت ففي المسألة أقوال مضى النكاح بالعقد مضيه بالدخول يفسخ أبداً يخير الولي ما لم يطل وتلد الأولاد يفسخ، وإن أجازه الولي يصح في الدنية دون غيرها، واختاره اللخمي وغيره وهو المشهور (خ) وصح بها في دنية مع خاص لم يجبر كشريفة إن دخل وطال قال: ويترجح المضي في النازلة من ثلاثة أوجه. أن المرأة دنية وأن الخال قيل إنه ولي وأن رضا الأخ وعلمه مما يسقط خياره على القول بأن له الخيار.

فوض له أموزه ببينة جاز الخ. وظاهره كالناظم أن ذا المرتبة من هذه المراتب لا بد أن يتولى العقد بنفسه أو وكيله وإن غيره إن تولاه بحضرته وسكوته لا عبرة بعقده بل يجري على التفصيل المتقدم من كون المرأة دنية أو كون الولي مجبراً أو غير مجبر إلا أنه أبعد وهو كذلك كما ذكره ابن الحاج في نكاح الخال مع حضور الأخ الشقيق ورضاه دون توكيل منه قال: حضوره كغيبته، وقال ابن حبيب: إذا كان الأقرب حاضراً وعلم ولم يغير فيحمل على الرضا والتسليم.

قلت: فيؤخذ من كلام ابن الحاج أن مجرد السكوت والرضا لا يكون كافياً في التوكيل، والظاهر أنه لا يبعد أن يجري هذا على كون السكوت إذناً وليس بإذن وهي قاعدة خلافية. ورجح ابن رشد أنه ليس بإذن قائلاً لا خلاف أن السكوت ليس برضا لأن الإنسان قد يسكت وهو غير راض، وإنما الخلاف هل هو إذن أم لا؟ انظر (ح) عند قوله في الإقرار لا أقر الخ. ولا يخفى أن الرضا من أفعال القلوب لا يقطع بوجوده بمجرد السكوت، وإذا كان السكوت ليس إذناً كما هو الراجح فالرضا وحده، وإن دلت عليه القرائن غير معتبر لقوله في النقل حضوره كغيبته، وحينئذ فمع الدخول والطول يصح في الشريفة كما يصح في الدنية مطلقاً ومع القرب فللأقرب أو الحاكم إن غاب الرد كما في (خ) هذا هو الظاهر خلافاً لما استظهره (ز) ومن تبعه من أنه لا حق للأقرب لأن سكوته إقرار للنكاح.

تتمة: إذا أعطى الرجل ابنته لمن يكفلها ويحضنها له فلا كلام لأمها إن فعل ذلك لفقر أو حاجة كما في المدونة وظاهرها أعطاها لمحرم منها أو غيره، وهو كذلك مع كراهة في غير المحرم المأمون إن كان ذا أهل وإلا لم يجز ابن عرفة: وليس له أخذها ممن أعطاها له دون إساءة وضرر منه بها لأنه وهبه حضانتها وملكه منفعتها بنفقتها فأشبه عقد الإجارة انظر بقيته. ومع هذا فلا يزوجها الكافل مع وجود الأب أو غيره من الأولياء على المشهور إلا أن يجعل له نكاحها عند إعطائها له أو بعده فيكون وكيلاً عنه فيه. وأما الحاكم فلا يزوج إلا بشروط تأتي عند قوله: وحيثما العقد لقاض ولي.

٣٤٩ـ وَلِلْوَصِيِّ العَقْدُ قَبْلَ الأوْلِيا   وقِيلَ بَعْدَهُمْ وما إنْ رُضِيا

(وللوصي) خبر عن قوله: **(العقد)** والظرف في قوله: **(قبل الأوليا)**ء يتعلق بالاستقرار في الخبر **(و)** نائب فاعل **(قيل)** الجملة المقدرة بعده إذ التقدير وقيل العقد له **(بعدهم)** فالظرف يتعلق بالاستقرار المقدر في الخبر المحذوف مع مبتدئه **(وما)** نافية **(إن)** زائدة **(رضيا)** بالبناء للمفعول نائب ضمير القول المتقدم ثم إن تقديم الوصي على الأولياء هو المستفاد مما مرّ من أن وكيل كل بمنزلته لأن الوصي على النظر للأولاد وكيل الأب فهو في مرتبته على المشهور، ومقابله لابن الماجشون أن الأولياء مقدمون عليه وهو ضعيف. قال في الوثائق المجموعة: فإن زوجها أحد الأولياء بغير إذن الوصي فسخه الوصي ما لم يطل وتلد الأولاد اهـ.

(وللوصي) حيث وجد معه أولياء كأخ أو عم **(العقد قبل الأولياء)** أي دونهم وهو قول مالك **(وقيل بعدهم)** أي هم أحق منه قاله ابن الماجشون. **(وما إن رضيا)** ما نافية وإن زائدة والألف إطلاق، وظاهر المصنف أن هذا الخلاف في البكر والثيب وهو الصحيح، وفي التوضيح ما حاصله:

قلت: ولعل هذا في غير الدنية وإلاَّ فليس له فسخه كما مر في ولاية الإسلام.

٣٥٠ـ وبَعْضٌ اسْتَحَبَّ لِلْوَصِيّ أَنْ يُسْنِدَ الْعَقْدَ إِلَى الْوَلِيّ

(وبعض) وهو ابن السليم قاضي قرطبة **(استحب للوصي أن يسند العقد إلى الولي)** حتى يخرج من الخلاف المذكور، وهذا الخلاف والاستحباب المذكور إنما هما في البالغ بكراً كانت أو ثيباً وفي الوصي غير المجبر بدليل قوله الآتي: وكالأب الوصي فيما جعلا أب له الخ. فقوله: وبعض مبتدأ والتنوين عوض عن المضاف إليه أي بعض العلماء، وجملة استحب بالبناء للفاعل خبره وأن ومعمولها في تأويل مصدر منصوب باستحب.

٣٥١ـ والمَرْأَةُ الوَصِيُّ لَيْسَتْ تَعْقِدُ إلاَّ بِتَقْدِيمِ امْرِىءٍ يُعْتَمَدُ

(والمرأة) مبتدأ **(الوصي)** صفة وجملة قوله: **(ليست تعقد)** خبره واسم ليس ضمير المرأة **(إلا)** استثناء **(بتقديم)** يتعلق بتعقد **(امرىء)** مضاف إليه **(يعتمد)** بالبناء للمفعول صفة لامرىء والمعنى أن المرأة الوصي على أنثى ومثلها المالكة لأمتها والمعتقة لها بكسر التاء لانعقد على محجورتها ولا على أمتها أو معتقتها بفتح التاء إلا بتقديم امرىء يعتمد عقده بأن يكون حراً ذكراً مكلفاً أي عاقلاً بالغاً وهذا مفهوم قوله: فيما تقدم ذكراً الخ. والعبد كالمرأة لا يعقد على وليته إلا بتوكيل أيضاً (خ) ووكلت مالكة أو وصية أو معتقة وإن أجنبياً كعبد أو صبي الخ. ولا بد أن يكون الوكيل توفرت فيه شروط الولاية بما عدا القرب المتقدم (خ) وصح توكيل زوج الجميع لا ولي إلاَّ كهو الخ. فإن لم توكل وعقدت هي أو العبد بأنفسهما فسخ النكاح أبداً وإن طال وولدت الأولاد وسواء أوصاها بجبرها على النكاح أو لا إجازة الأولياء أولاً ولها المسمى بالدخول ويفسخ بطلاق لأنه من المختلف فيه، ولذا وجب فيه الإرث (خ): وهو طلاق إن اختلف فيه كمحرم وشغار ونكاح العبد والمرأة وفيه الإرث الخ. وأما المرأة الوصي على ذكر والعبد الوكيل عن الزوج فسيأتيان في قوله: والعبد والمرأة مهما أوصيا الخ.

أنه في البكر مقدم على الولي وفي الثيب هما سواء اهـ. ويأتيك النقل بخلافه **(وبعض)** وهو ابن السليم قاضي قرطبة **(استحب للوصي أن يسند العقد إلى الولي)** فيخرج بذلك من الخلاف وهذا كله في الوصي غير المجبر، وإلاَّ فلا كلام لأحد معه وفي البالغ وإلاَّ لم يزوجها إلا الأب أو من جعل له إجبارها.

ولما كان الوصي قد يكون امرأة، وقدم أن من شرط العاقد أن يكون ذكراً أشار إلى حكمها في ذلك، وإنما توكل مستوفياً للشروط فقال: **(والمرأة الوصي)** على أنثى ومثلها المالكة لها والمعتقة **(ليست تعقد)** نكاحاً على تلك الأنثى لقوله ﷺ: «لا تنكح المرأة المرأة ولا المرأة نفسها» الزانية هي التي تنكح نفسها. **(إلا بتقديم امرىء يعتمد)** في ذلك بأن يكون مكلفاً حراً ذكراً إلى آخر شروط الولي المتقدمة، فإن عقدت بنفسها ولم توكل فسخ النكاح أبداً ولو ولدت الأولاد وأجازه الأولياء أو كان بإذنهم ولها المسمى بالدخول وكذلك العبد قال أصبغ: ولا ميراث فيما عقدته المرأة أو العبد وإن فسخ بطلاق لضعف الاختلاف فيه نقله الشارحان عن النوادر، ولعله مقابل فإن الذي في ابن الحاجب والتوضيح والمختصر وشروحه أن فيه الميراث (خ) وهو طلاق إن اختلف فيه كمحرم وشغار ونكاح العبد والمرأة وفيه الإرث إلاَّ نكاح المريض، وأقره الحطاب وغيره، ومفهوم قولنا على أنثى أن المرأة الوصي على ذكر تعقد نكاحه وهو كذلك ويأتي في قوله:

٣٥٢ـ والعَبْدُ والمَحْجُورُ مَهْمَا نَكَحَا بِغَيْرِ إِذْنٍ فَانْفِسَاخٌ وَضَحَا

(والعبد) القن أو من فيه شائبة رق مبتدأ (والمحجور) صبياً أو بالغاً معطوف عليه (مهما) اسم شرط (نكحا) أي عقدا فعل الشرط (بغير إذن) من السيد أو الولي يتعلق بفعل الشرط (فانفساخ) مبتدأ وسوغه اقترانه بفاء الجزاء كقولهم: إن ذهب عير فعير في الرباط قاله اليزناسني (وضحا) أي بان وظهر خبر المبتدأ، والجملة جواب الشرط وظاهره تحتم الفسخ وإن أجازه السيد أو الولي، وهذا وإن كان هو القياس عند بعض، وصححه الباجي لأنه نكاح بخيار لكنه خلاف المشهور في العبيد من أن السيد مخير بين فسخ النكاح وإمضائه، وخلاف المنصوص في المحجور من أن لوليه الخيار أيضاً فيجب أن يكون معنى قوله: فانفساخ وضحا إن شاء الولي أو السيد، ومنشأ الخلاف هل الخيار الحكمي كالشرط؟ وعلى المشهور من أنه ليس كالشرطي فالفسخ بطلقة حتى في حق الصبي لأنه نكاح صحيح كما في (ح) وقد قال (خ) وللسيد رد نكاح عبده بطلقة فقط بائنة إن لم يبعه أو يعتقه. وقال أيضاً: ولولي صغير فسخ عقده بلا مهر الخ. وقال أيضاً: ولولي سفيه فسخ عقده ولو ماتت وتعين لموته الخ. ومحل الخيار في فسخه إن لم يخرج من الولاية فإن لم يطلع عليه حتى خرج منها ثبت النكاح على الأصح، فلو تزوج السفيه بعد ثبوت رشده عند القاضي وحكم له به فهو ماض وفيه الصداق والميراث قولاً واحداً والحكم ماض ولا يرد بشهادة من شهد بسفهه ولو كانوا أعدل لحكم القاضي بشهادة الأولين وفات موضع الترجيح، وإنما يسفه في المستقبل قاله البرزلي. وكذا الصبي إن لم يطلع عليه حتى بلغ رشيداً وشمل قوله: بغير إذن ما إذا فقد إذن أحد السيدين دون الآخر فإن الذي لم يأذن فسخه، وأما المحجور إن كان ذا وصيين وأذن له أحدهما أو أجاز دون الآخر فالظاهر أنه إن تعينت المصلحة في الفسخ أو البقاء عمل بذلك، وإن استوت فالقول لمريد الفسخ فتأمله، ثم إذا فسخ قبل البناء فلا شيء لها في الجميع وإن فسخ بعده فلها ربع دينار في حق العبد والسفيه كما قال:

٣٥٣ـ وَرُبْعُ دِينَارٍ لَهَا بِمَا اسْتَحَلْ مِنْهَا إِنِ ابْتَنَى وذَا بِهِ العَمَلْ

(وربع) بسكون الباء مبتدأ (دينار) مضاف إليه (لها) خبر المبتدأ والضمير لزوجة السفيه أو

والعبد والمرأة مهما وصيا وعقدا على صبي أمضيا

(والعبد) وكل من فيه شائبة رق (والمحجور) صبياً كان أو بالغاً سفيهاً (مهما نكحا بغير إذن) من السيد والولي أباً كان أو وصياً (فانفساخ) لذلك النكاح (وضحا) بان. وظاهره تحتم الفسخ وليس كذلك بل المشهور في العبد أن السيد مخير بين فسخ النكاح وإمضائه، وقال أبو الفرج: القياس الفسخ لأنه نكاح فيه خيار. الباجي: وهو الصحيح عندي وهما على الخلاف في الخيار الحكمي هل هو كالشرط، والمنصوص في المحجور أن لوليه الخيار. قال في التوضيح: وانظر هل يتخرج فيه قول أبي الفرج فيتعين أن معنى قوله فانفساخ وضحاً إن شاء الولي ويكون بطلقة بائنة حتى في حق الصبي لأنه نكاح صحيح قاله الحطاب. فلو أوقع السيد اثنتين لزم العبد واحدة على ما عليه أكثر الرواة، واختاره الجمهور قاله ابن يونس (خ): وللسيد رد نكاح عبده بطلقة فقط إن لم يبعه، ثم إن فسخ قبل البناء أو كان صبياً مطلقاً فلا شيء لها، وإن فسخ بعده فلها ربع دينار كما أشار له بقوله: (وربع

العبد لا لزوجة الصبي الداخل في المحجور فلا شيء لها بدخوله وجزم أبو الحسن بأن لها ما شأنها **(بما)** الباء سببية تتعلق بالاستقرار في الخبر **(استحل)** بالبناء للفاعل صلة ما **(منها)** على حذف مضاف أي من بضعها يتعلق باستحل **(أن ابتنى)** بها العبد أو السفيه لا الصبي كما مرّ وجواب الشرط محذوف لدلالة ما تقدم عليه **(وذا)** مبتدأ والإشارة لوجوب ربع دينار لها **(به)** خبر عن قوله **(العمل)** والجملة خبر ذا ثم إذا عتق العبد ولو مكاتباً فإنه يتبع بما بقي من الصداق بخلاف السفيه فلا يتبع بشيء لأن الحجر عليه لحق نفسه وحجر العبد لحق سيده، وقد زال بالعتق (خ): واتبع عبد ومكاتب عتقاً بما بقي إن لم يبطله سيد أو سلطان الخ. وروى ابن وهب عن مالك: لا شيء لها في السفيه لا ربع دينار ولا غيره. ابن حبيب: وهو القياس أي لأن تسليط السفيه على شيء لا غرم فيه كالصغير.

٣٥٤ـ وإنْ يَمُتْ زَوْجٌ فالإرْثُ هَدْرُ والعَكْسُ لِلحَاجِرِ فِيهِ النَّظَرُ

(وإن يمت) شرط **(زوج)** فاعل يمت وهو على حذف الصفة أي حر إذ العبد لا يتوهم فيه الإرث، فهذا من تتمة الكلام على المسألة إلا أنه خاص بالمحجور ولو قال: وإن يمت حر **(فالإرث هدر)** لكان أظهر، ومعناه أن المحجور العاقد لنكاحه صبياً كان أو سفيهاً دخل أم لا، إذا مات قبل فسخ نكاحه لا إرث لزوجته منه **(والعكس)** مبتدأ **(للحاجر)** خبر عن قوله **(فيه النظر)** والجملة خبر العكس والمجرور بفي يتعلق بالنظر، والمعنى أن زوجة الصبي أو السفيه إذا ماتت في الموضوع المذكور فإن حاجره ينظر في ذلك فإن رأى أنه يرث أكثر مما يلزمه من الصداق أمضاه وإلاَّ رده وشمل كلامه ما إذا كان ذا وصي، فلما مات وصيه تزوج ومات فإن النظر في ذلك للحاكم وتقدم قول (خ): ولولي سفيه فسخ عقده ولو ماتت وتعين لموته الخ. فقوله: ولو ماتت وتعين لموته الخ. جار مثله في الصغير أيضاً وهذه المسألة يلغز بها فيقال زوجان أحدهما يرث الآخر ولا يرثه الآخر وهما حران ليس بهما مانع، ومفهوم قوله: للحاجر أنه لو كان مهملاً لكان للحاكم النظر أيضاً على مذهب ابن القاسم الذي يعتبر الحال لا الولاية، وبه العمل ومحل النظر أيضاً إذا لم يعقد وقد أونس منه الرشد وإلاَّ فالعبرة بالحال أيضاً والنكاح ثابت على مذهبه لا خيار فيه للولي لقول ناظم العمل:

وينتفي الحجر إذا بدا الرشاد فمن تصرف مضى ولا فساد

تتمة: يجوز للسيد أن يهب أمته لعبده يطؤها بملك اليمين وينتزعها منه إن شاء كما في (ق) في باب الخيار عند قوله: وفي زواله بموت الزوجة وطلاقها الخ. وهذا أقرب للسيد من

دينار لها) أي لزوجة العبد أو السفيه **(بما استحل منها إن ابتنى)** بها **(وذا)** أي إعطاء ربع دينار من غير زيادة عليه ولا نقص هو قول مالك و**(به العمل)** ولابن القاسم يجتهد في الزيادة لذات القدر. أصبغ: لما يرى مما لا يبلغه صداق مثلها. ابن المواز: وروى ابن وهب عن مالك في السفيه لا يترك لها شيء لا ربع دينار ولا غيره، وإن كان لها قدر. قال ابن حبيب: وهو القياس اهـ. من الجواهر وعزى ابن عرفة الأخير لابن الماجشون، وجعل ما لابن القاسم وأصبغ قولين ولم ينبه على ذلك الشارحان.

(وإن يمت زوج) حر قبل الفسخ فلا إرث وهو معنى قوله: **(فالإرث هدر)** لتحتم الفسخ إذ لا نفع في إمضائه **(والعكس)** وهو موت زوجة المحجور **(للحاجر فيه النظر)** فإن رأى أنه يرث أكثر

أن يزوجها إياه إذ ليس له حينئذ تطليقها عليه إلا برضاه.

٣٥٥- وعاقِدٌ عَلَى ابْنِهِ حَالَ الصِّغَرْ عَلَى شُروطٍ مُقْتَضَاةٍ بالنَّظَرْ

(وعاقد) مبتدأ وسوغه كونه صفة لمحذوف وعاملاً في قوله: **(على ابنه)** وقوله **(حال)** مفعول فيه أي وقت **(الصغر على شروط)** يتعلق بعاقد **(مقتضاة بالنظر)** صفة لشروط والخبر محذوف أي يصح عقده ويجوز، ويحتمل أن يكون قوله عاقد على حذف مضاف أي وعقد عاقد على ابنه الخ. صحيح جائز. ولما كانت الصحة لا تستلزم اللزوم، إذ الشيء قد يكون صحيحاً غير لازم نبه على أن اللزوم فيه تفصيل بقوله:

٣٥٦- إنِ ابْنُهُ بَعْدَ البُلُوغِ دَخَلاَ مَعْ عِلْمِهِ يَلْزَمُهُ مَا حَمَلاَ

(إن ابنه) فاعل بفعل محذوف يفسره ما بعده **(بعد البلوغ)** يتعلق به **(دخلا)** المفسر لذلك المحذوف على حد قوله تعالى: ﴿وإن أحد من المشركين استجارك﴾ [التوبة:٦] الآية **(مع)** بالسكون **(علمه)** مضاف إليه والظرف يتعلق بالمفسر قبله يليه **(يلزمه)** جواب الشرط ورفعه لكون الشرط ماضياً لقول ابن مالك: وبعد ماض رفعك الجزا حسن. **(ما)** موصولة فاعل يلزمه **(حملا)** صلة وألفه للإطلاق وفاعله ضمير العاقد والعائد على الموصول محذوف أي ما حمله أبوه عنه من الشروط.

٣٥٧- وَحَيثُ لَمْ يَبْلُغْ وَإنْ بَنَى فَما يَلْزَمُهُ شَيْءٌ وَهَبْهُ عَلِمَا

(وحيث) ظرف مضمن معنى الشرط خافض لشرطه منصوب بجوابه **(لم يبلغ)** في محل جر بإضافة حيث **(وإن)** إغيائية **(بنى)** فعل ماض فاعله ضمير الابن وجملة **(فما يلزمه شيء)** جواب حيث **(وهبه)** من أفعال القلوب لازم لصيغة الأمر ومفعوله الأول الضمير المتصل به وجملة **(علما)** في محل مفعوله الثاني أي وهبه عالماً بها.

وحاصل معناه أن عقد العاقد على ابنه الصغير على شروط اقتضاها نظره للغبطة في المنكوحة كطلاق من يتزوج عليها أو عتق من يتسرى بها صحيح جائز. وكذا إن عقد الصغير نفسه على تلك الشروط وأجازه وليه، وإنما يبقى النظر في اللزوم فإن بلغ ورضي بتلك الشروط صريحاً أو دخل بعد بلوغه وعلمه به لزمته وإن لم يدخل أو دخل غير عالم لم يلزمه شيء كما أنه

مما يلزمه من الصداق أمضاه وإلا رده (خ): ولولي سفيه فسخ عقده ولو ماتت وتعين لموته **(وعاقد على ابنه حال الصغر)** أي قبل بلوغه نكاحاً **(على شروط)** كطلاق من يتزوجها عليها أو عتق من يتسرى **(مقتضاة)** تلك الشروط **(بالنظر)** لما رآه من الغبطة في المنكوحة، ومثل عقد الأب عليه عقده هو بذلك على نفسه، وأجازه الولي ثم بلغ الابن وكره تلك الشروط وأراد ردها فإن كان دخل بها قبل بلوغه لم تلزمه خلافاً لابن وهب، وإن دخل بعد البلوغ عالماً لزمته وإليهما أشار بقوله: **(إن ابنه بعد البلوغ دخلا، مع علمه يلزمه ما حملا. وحيث لم يبلغ)** ولم يبن بل **(وإن بنى فما يلزمه شيء)** من الشروط. **(وهبه علما)** غير أن ما بعد المبالغة وهو ما إذا بنى بها لا تلزمه الشروط ولا الطلاق، ويسقط حق الزوجة، وإذا لم يبن لم تلزمه الشروط بمعنى أن له أن يفسخ العقد عن نفسه فتسقط أو يمضيه فتلزمه الشروط، وإذا فسخ فلا شيء عليه كما اختاره ابن رشد، ومرّ عليه الناظم فقال:

إذا لم يبلغ لم يلزمه شيء أيضاً مطلقاً دخل أم لا علم أم لا. وبالجملة فالشروط إذا لم يرض تلزمه بثلاثة قيود البلوغ والدخول والعلم فإن فقد الأول أو الثالث فلا تلزمه والقول للزوج بيمينه في عدم العلم ويسقط حق الزوجة لأنها مكنت من نفسها من لا تلزمه الشروط، وإن فقد الثاني وهو الدخول مع وجود البلوغ والعلم فلا يسقط حقها، ولكن للزوج الخيار في التزام النكاح لشروطه أو رده فإن رده فالفسخ بغير طلاق ولا صداق كما قال:

٣٥٨ـ والحَلُّ بالفَسْخِ بِلاَ طَلاَقِ   إنْ رَدَّ ذَاكَ وبِلاَ صَدَاقِ

لا عليه ولا على أبيه وهو ظاهر قول أصبغ، واختاره ابن رشد وإياه تبع الناظم، والراجح أن الفسخ بطلاق كما مرّ لأنه نكاح صحيح، وقد اقتصر ابن فتحون على أن الفسخ في ذلك بطلاق وهل يلزمه نصف الصداق أم لا؟ قولا ابن القاسم في المدونة والمجالس. وعلى ما لابن فتحون درج (خ) حيث قال: وإن زوج بشروط وأجيزت وبلغ وكره فله التطليق، وفي نصف الصداق قولان عمل بهما الخ. والراجح الأول كما لشراحه وإن طلق قبل علمه بالشروط ففي النصف قولان أيضاً كما في ضيح فقوله: والحل مبتدأ خبره بالفسخ وبلا طلاق حال. وقوله: إن رد ذاك شرط ومعموله وجوابه محذوف للعلم به وبلا صداق معطوف على قوله: وبلا طلاق ثم محل الفسخ بطلاق أو غيره إنما هو إذا تمسكت بشرطها وأما إن رضيت بإسقاطه فلا. وإذا أسقطت فلا كلام لأبيها ولو محجوراً عليها خلافاً لابن العطار. وعن ابن وهب أن الصغير يلزمه ما عقد عليه أبوه من الشروط دخل بها أم لا لأنه الناظر له. وقيل: لا تلزمه وإن دخل بعد بلوغه وعلمه ذكرهما ابن سلمون. ومفهوم قوله: على شروط أنه إذا زوجه بدونها لزمه النكاح ولا مقال له إن كان له مال كما يأتي عند قوله: والعبد والمرأة مهما أوصيا. الخ. وإن كان عديما وكتب الأب عليه الصداق فقال ابن القاسم في الأسمعة: إن لم يدخل الابن حتى بلغ فهو مخير إن شاء دخل بما كتب عليه وإن شاء فارق ولا شيء عليه، وإن دخل قبل أن يبلغ أو يحوز أمره فالصداق على الأب أو دخل بعد أن كبر ولم يعلم، فالصداق على الأب والشرط باطل ابن

(والحل للفسخ بلا طلاق، إن رد ذاك وبلا صداق) قال ابن سلمون: وإذا بلغ الابن قبل الدخول فله الخيار في التزام الشروط أو الانحلال من النكاح، فإن دخل قبل البلوغ بطلت الشروط، وكذلك إن بنى بعد البلوغ وقبل أن يوقف عليها ولم يعرفها لم تلزمه وإن بنى بها بعد البلوغ وبعد معرفته بالشروط لزمته، وقيل لا تلزمه ولابن وهب في العتبية: إن الصغير يلزمه ما عقد عليه أبوه من الشروط دخل بها أو لم يدخل لأنه الناظر له، فإن لم يلتزم الابن الشروط وانحل النكاح فالفسخ في ذلك بغير طلاق على الصحيح قاله ابن رشد. واختاره، قال: وكذلك يسقط عن الأب ما التزمه من الصداق كما يسقط عن الزوج، وذكر ابن فتحون أن الفسخ يكون في ذلك بطلقة، وهل يلزم نصف الصداق أو لا؟ في ذلك قولان. اهـ. والأول لابن القاسم في الكتاب والثاني له في المجالس، وهو ظاهر في أنهما مفرعان على القول بعدم لزوم الشروط كقول (خ) وإن زوج بشروط أو أجيزت وبلغ وكره فله التطليق، وفي نصف الصداق قولان عمل بهما، ونازع في ذلك الشيخ مصطفى قائلاً: بل هما مرتبان من قال بلزومهما يقول بتصف الصداق، ومن لا يلزمهما يقول بسقوطه. وفيه نظر فلو طلقها قبل العلم بما شرط عليه لم يلزمه شيء من الصداق، وقيل: يلزمه.

رشد: قوله إذا زوج الأب ابنه وهو صغير لا مال له أن الصداق على الأب وأنه إن كتبه عليه لم يلزمه إلا أن يلتزمه بعد البلوغ وأنه إن دخل قبل البلوغ أو بعده ولم يعلم سقط عنه ولزم الأب وكان شرطه باطلاً صحيح، إذ ليس للأب أن يوجب عليه ديناً ويلزمه إياه اهـ. وتأمل قول (خ): وصداقهم أن أعدموا على الأب وإن مات أو أيسر وأبعد الخ ومفهوم قوله: حال الصغر إن عقده للسفيه علي شروط لا كلام له ابن رشد: وهو ظاهر (خ) وغيره، لأن قبول السفيه للشروط معتبر كطلاقه وإذا دخل الصغير بعد بلوغه وعلمه لزمته ولو كان سفيهاً كذا وجدته مقيداً، وظاهره ولو على القول يجبر السفيه المشار له بقول (خ) وجبر أب ووصي وحاكم مجنوناً إلى قوله: وفي السفيه خلاف فانظره.

تنبيه: طلاق الصغير في حال صغره غير معتبر بخلاف السفيه وليس لولي الصغير أن يطلق عنه إلا بعوض كما أشار له (خ) في الخلع بقوله: وموجبه زوج مكلف وولي صغير الخ. ولا نفقة للزوجة على الصغير كما أشار له أيضاً بقوله يجب لممكنة مطيقة للوطء على البالغ الخ.

فصل

(فيمن له الإجبار) من الأولياء **(وما يتعلق به)** كمنعه من الضرر واستحباب إذن البكر ذات الأب وإنكاح غير الأب وكون الصمت في البكر إذناً ونحو ذلك.

ولما كان الأب لا يجبر في القليل من الصور قدم الكلام عليه ليتفرغ لصور الجبر فقال:

٣٥٩ـ ثُيُوبَةُ النِّكَاحِ وَالْمِلْكِ مَعَا لِلأَبِ الإِجْبَارُ بِهَا قَدْ مُنِعَا

(ثيوبة) مبتدأ **(النكاح)** مضاف إليه **(والملك)** معطوف على النكاح أي وثيوبة الملك **(معا)** حال **(للأب)** يتعلق بمنع آخر البيت **(الإجبار)** مبتدأ ثان **(بها)** يتعلق به والباء سببية أو بمعنى مع وضميره للثيوبة **(قد)** للتحقيق **(منعا)** بالبناء للمفعول خبر المبتدأ الثاني والثاني وخبره خبر الأول والرابط الهاء في بها والنائب في منع ضمير الإجبار، والمعنى أن الأب الحر قد منع إجباره في بنته الحرة البالغة الثيبة بنكاح صحيح أو فاسد كما سيصرح به في قوله: وكالصحيح ما بعقد فاسد الخ. وفي بنته القن إذا عتقت بعد أن ثيبت بوطء السيد وهي بالغ فلا جبر له في هاتين الصورتين ومفهوم النكاح أن ثيوبة غيره كالزنا لا تمنع إجباره وهو كذلك على الراجح من الخلاف الآتي في قوله: وبالحرام الخلف فيها يجري الخ. ثم إن قيد البلوغ معتبر في الصورتين كما قررنا بدليل قوله:

فصل (فيمن له الإجبار) من الأولياء (وما يتعلق به)

كمنعه من الضرر **(ثيوبة النكاح)** ولو فاسداً **(و)** ثيوبة **(الملك)** فهو بالجر عطف على النكاح أي إن الأمة البالغة الثيب بوطء سيدها إذا عتقت، وكان لها أب حر فإنه لا يجبرها أيضاً فثيوبتهما **(معاً للأب الإجبار بها)** مبتدأ خبره **(قد منعا)** وللأب متعلق به، والجملة الكبرى خبر ثيوبة أي ثيوبة

٣٦٠ـ كما له ذلك في صغار بناته وبالغ الأبكار

(كما) الكاف بمعنى مثل وما مصدرية (له) خبر عن قوله (ذلك) والإشارة للإجبار (في صغار) يتعلق بالاستقرار في الخبر (بناته) مضاف إليه من إضافة الصفة للموصوف (وبالغ) معطوف على صغار (الأبكار) مضاف إليه إضافة الصفة للموصوف أيضاً والمعنى لا إجبار للأب مع الثيوبة مماثلاً لإجباره صغار البنات اللائي لم يبلغن ثيبات كن أو أبكاراً أو بالغ الأبكار فالنفي المفهوم من المنع مسلط على المقيد بقيده الذي هو المماثلة لا على القيد فقط أي لا إجبار له على الثيبات مثل كونه له على صغار البنات والأبكار البالغات، وكذا يجبر التي ثيبت بزنا كما مر والمجنونة ولو ثيبت بنكاح ومحل جبره إذا لم يرد تزويج من ذكر من ذي عاهة وإلاّ فلا كما يأتي في قوله: والأب إن زوجها من عبد الخ. ومحله أيضاً في البكر البالغ إذا لم يرشدها ولم تقم ببيتها سنة وإلا بأن رشدها أو أقامت ببيتها مع زوجها سنة من غير مسيس فلا جبر (خ): وجبر المجنونة والبكر ولو عانساً إلا لكخصي على الأصح والثيب إن صغرت أو بعارض أو بحرام إلا بفاسد وبكراً رشدت أو أقامت ببيتها سنة الخ. وأما من ثيبت بنكاح أو ملك قبل البلوغ وما تأيمت أو عتقت إلا بعده فهي داخلة في قوله: ثيوبة النكاح الخ إذ يصدق عليها أنها بالغ ثيبت بنكاح أو ملك ولا يعول على ظاهر قوله الآتي: كواقع قبل البلوغ الوارد الخ.

٣٦١ـ ويستحب إذنها والسيد بالجبر مطلقاً له تفرد:

(ويستحب) مضارع مبني للمفعول (إذنها) بالرفع نائبه أي يستحب للأب أن يستأذن ابنته البكر البالغ عند تزويجها أي يشاورها فيه ويكون بواسطة من لا تستحي منه فقد لا تريده أو يكون بها عيب يمنعها منه. ولما قدم أن الأب يجبر صغار البنات وبوالغ الأبكار وأنه يستحب له استئذان الأبكار البوالغ نبه على أن السيد له الجبر لأرقائه مطلقاً ذكوراً أو إناثاً ثيبات أو أبكاراً فقال: (والسيد) مبتدأ (بالجبر) يتعلق بتفرد آخر البيت (مطلقاً) حال من ضمير الاستقرار في الخبر (له) خبر عن قوله (تفرد) مصدر تفرد بمعنى انفرد أي وللسيد التفرد بالجبر عن سائر الأولياء كائن له مطلقاً ولا يدخل في الإطلاق كانت مضرة في التزويج أم لا إذ لا جبر له مع الضرر (خ) وجبر المالك أمة وعبداً بلا إضرار أي كتزويجها من أبرص أو مجذوم ونحوهما

النكاح أو الملك تمنع الأب إجبار ابنته البالغ ولا يكون له ذلك فيها (كما) هو (له ذلك) الإجبار (في صغار بناته) أي اللاتي لم يبلغن ثيبات كن أو أبكاراً (و) في (بالغ الأبكار) وفي الثيب بغير نكاح كما سيصرح به، وفي المجنونات (خ) وجبر المجنونة والبكر ولو عانساً إلا لكخصي على الأصح، وللثيب إن صغرت أو بعارض أو بحرام، فمن ثيبت قبل البلوغ وما تأيمت إلا بعده لا جبر عليها ولا دخل لها في الصغيرة (ويستحب) للأب في تزويج ابنته البكر البالغ (إذنها) أي مشاورتها في النكاح ويكون بواسطة من لا تستحي منه فقد تكرهه أو يكون بها عيب يمنعه (والسيد) مبتدأ خبره (بالجبر مطلقاً له تفرد) أي انفرد السيد عن سائر الأولياء بأن له الجبر للذكر وللأنثى صغيرة أو كبيرة بكراً أو ثيباً يريد إلا لإضرار (خ): وجبر المالك أمة وعبداً بلا إضرار أي كتزويجها من أجذم أو أبرص ولا يجبر السيد لهما، وللوصي تزويج رقيق محجوره بالمصلحة كمكاتب لأمته.

ولا يدخل فيه أيضاً كان ذا شائنة أم لا إذ لا جبر له في ذي الشائبة من الإناث على ما اختاره اللخمي، والمراد بالسيد الجنس فيشمل الواحد والمتعدد والحر والعبد والذكر والأنثى إلا أن الأنثى لا تعقد بنفسها بل توكل، كما أن السيد العبد نحو المكاتب كذلك (خ) ووكلت مالكة ومكاتب في أمة طلبت فضلاً ولا يدخل فيها أيضاً كان مالك الكل أو البعض إذ لا جبر لمالك البعض وإن كان هو كمالك الجميع في الولاية على الأمة وفي رد نكاح العبد والأمة إن تزوجا بغير إذنه لأن ذلك يعيبه كما له رد تزوج نكاح المكاتب أو المكاتبة بغير إذنه للعلة المذكورة بل يتحتم الرد في الأمة ولو عقد لها أحد الشريكين دون الآخر.

تنبيه: للوصي أن يزوج رقيق محجوره بالمصلحة كما في ابن الحاجب، وظاهره أنه يجبره على ذلك لأنه نائب المالك.

٣٦٢ـ والأَبُ إنْ زوَّجـهَـا مِـنْ عَـبْـدِ فَـهْـوَ مَـتَـى أَجْـبَـرَ ذُو تَـعَـدِّ

(والأب) مبتدأ **(إن زوجها)** شرط والضمير المنصوب يعود على مجبرته **(من عبد)** يتعلق به **(فهو)** مبتدأ **(متى أجبر)** شرط **(ذو تعد)** خبر المبتدأ الثاني، والجملة منه ومن خبره جواب إن ودخلت الفاء عليه لكونه لا يصلح أن يكون شرطاً، والجملة من الشرط والجواب خبر المبتدأ الأول، وأما الشرط الثاني وهو قوله: متى أجبر فجوابه محذوف للدلالة عليه والمعنى أن الأب إذا أجبر مجبرته على التزويج من عبد ونحوه كمبروص ومجذوم فهو متعد في ذلك الجبر قال في المعين: وليس للأب أن يزوج ابنته من عبد لما يلحقها في ذلك من المعرة. وقال سحنون في السليمانية: إذا أراد الأب أن يزوج ابنته مجنوناً أو مجذوماً أو أبرص أو أسود أو من ليس لها بكفء وأبت الابنة ذلك كان للسلطان منعه لأن ذلك ضرر اهـ بنقل الشارح. وفي الطرر قال المشاور: ولا يزوج ابنته البكر من المجذوم إلا برضاها ولا يكون صمتها في هذا رضا ولا بد لها من الكلام لأنه عيب، ثم قال بعد أسطر: وقال سحنون في السليمانية: إن أراد أبوها أن

ثم أشار إلى أن جبر الأب مقيد بما إذا لم يكن على الثيب ضرر ومعرة فقال: **(والأب إن زوجها)** أي مجبرته وهي البكر والثيب الصغيرة **(من عبد)** ونحوه كمجذوم ومبروص تسلخ فلو قال: والأب إن زوج من كعبد لم يسغ له ذلك **(فهو متى أجبر ذو تعد)** قال في المعين: وليس للأب أن يزوج ابنته من عبد لما يلحقها في ذلك من المعرة. وقال سحنون في السليمانية: إذا أراد الأب أن يزوّج ابنته مجنوناً أو مجذوماً أو أبرص أو أسود أو من ليس لها بكفء وأبت الابنة ذلك كان للسلطان منعه لأن ذلك ضرر اهـ. بنقل الشارح وفي الطرر قال: المشاور لا يزوج الرجل ابنته البكر من المجذوم إلا برضاها، ولا يكون ضمانها في ذلك رضا ولا بد لها من الكلام لأنه عيب ثم قال بعد أسطر، وقال سحنون في السليمانية: إن أراد أبوها أن يزوجها من أسود أو أبرص أو أجذم أو مجنون أن السلطان يمنعه من ذلك لأن ذلك ضرر، وقول سحنون في هذا أحسن اهـ. فلم يقيد ذلك بما إذا أبت الابنة، وفي المفيد قال ابن أبي زمنين: من زوج ابنته البكر غنياً من الرجال لا يطأ أو خصياً أو مجبوباً جاز ذلك عليها علمت بذلك أو لا. إذا كان إنكاحه إياها نظراً لها اهـ. ولم أر فيه غير هذا، والظاهر أنه ليس بخلاف لأنه لا يكون نظراً لها إلا إذا كانت بحيث لا يتزوجها غيره.

يزوجها من أسود أو أبرص أو أجذم أن السلطان يمنعه من ذلك لأن ذلك ضرر، وقول سحنون في هذا أحسن اهـ. بنقل (ت) وقال: أعني (ت) إثره ما نصه: فلم يقيد يعني سحنوناً فيما نقل عنه صاحب الطرر ذلك بما إذا أبت الابنة كما قيده بذلك في نقل المعين.

قلت: الظاهر أنه لا مخالفة بين النقلين لأن قوله في الطرر أن السلطان يمنعه دليل على أن الابنة قد أبت وإلا لم يكن للسلطان كلام لأن لهما ترك الكفاءة كما قال (خ) ولها وللولي تركها كما أنه لا مخالفة بين كلام سحنون المنقول في الطرر والمعين وبين كلام المشاور أيضاً لأن المشاور قيد ذلك برضاها فيستفاد منه أنها إذا لم ترض لم تزوج وهو قول سحنون، إذا أبت كان للسلطان أي عليه منعه، فاللام بمعنى على لا للتخيير إذ من وظيفته رفع الضرر. وقال ابن أبي زمنين: إن الأب إذا زوج ابنته البكر عنيناً أو خصياً أو مجبوباً جاز ذلك عليها علمت أم لا إذا كان ذلك نظراً لها اهـ. وما ذكره أصله لابن حبيب ولما نقله في المتيطية، ونقل قول سحنون المتقدم قال ما نصه: وقول سحنون أجرى على الأصول وأقوى عند ذوي التحصيل من قول ابن حبيب اهـ. ولهذا قال في الطرر: وقول سحنون أحسن الخ. وبالجملة فما لابن أبي زمنين خلاف الأصح المشار إليه بقول (خ): إلا لكخصي على الأصح إذ ما ذكره سحنون، والمشاور كله داخل تحت الكاف من قوله: إلا لكخصي كما لشراحه وما لابن أبي زمنين مقابل له ثم ظاهر ما مرّ أنه لا يجبرها من الأبرص ولو قل برصه وهو المعتمد خلافاً لما أفتى به السيوري من أن البرص القليل لا كلام لها فيه، وقد قال بعض لامرأة كثرت شكواها من زوجها وتعذر عليها إثبات ضرره: ادعي عليه أن به برصاً في دبره فإنه يستحي أن يكشف نفسه للرجال ويطلقك ففعلت وطلقها، والغالب أن البرص في الدبر لا يكون إلا قليلاً، إذ لو انتشر عنه لجازت رؤيته، وكذا الجذام المحقق ولو قل لأنه أشد ضرراً ولأن القليل قد ينتشر، ومفهوم قول الناظم متى أجبر أنها إذا رضيت لم يكن متعدياً وهو كذلك كما مرّ، لكن يقيد بما إذا كانت رشيدة ولا عصبة لها فإن كانت سفيهة أو كان لها عصبة فلا عبرة برضاها في الأولى، وللعصبة منعها في الثانية قاله اليزناسني. وأصله في المفيد كما في (م) وهو قيد صحيح جار في جميع مسائل الكفاءة على ما يقتضيه جواب العبدوسي في وصي مجبر زوج أخت مجبرته من غير كفء فقام إخوته وأرادوا فسخ النكاح بعد أن أثبتوا بشهادة الشهود أنه غير كفء لها فقال: شهادتهم بأنه غير كفء لها شهادة مجملة لا بد من استفسارها فإن قالوا مثلاً هو سكير شريب أو مستغرق المال بالربا والغصوبات أو غير ذلك مما يقدح في الكفاءة شرعاً فإنه يعذر في ذلك للوصي والزوج فإن لم يكن عندهما مدفع فسخ النكاح انتهى باختصار، فتأمل قوله: أو غير ذلك مما يقدح في الكفاءة الخ. فإنه شامل لجميع الأوصاف التي تقدح فيها وأفهم كلام العبدوسي أن الفاسق بالجارحة كالزاني وكثير الأيمان بالطلاق غير كفء وهو المعتمد كما يفهم من جواب اليزناسني نقله في المعيار قبل جواب العبدوسي المتقدم قال: فيه الكفاءة معتبرة في الدين بلا خلاف وإن كان فاسقاً فلا خلاف منصوص أن تزويج الوالد منه لا يصح، وكذلك غيره من الأولياء وإن كان وقع ذلك فللزوجة ولمن علم لها فسخ النكاح، وكان بعضهم يهرب من الفتوى بذلك ويرى أنه يؤدي إلى فسخ كثير من الأنكحة اهـ. وأصل حاصل هذا الكلام لابن بشير كما في (ح) وابن سلمون وغيرهما، وظاهر كلامهم أنه نكاح فاسد يتحتم فسخه وهو ما يقتضيه نص اللخمي الآتي وهو ما

فهمه (ح) أيضاً من قول ابن بشير لا يصح اهـ. وظاهر كلام اليزناسني أنه حمل قوله: لا يصح على أنه لا يلزم بدليل قوله فلزوجة، ولمن قام لها الخ. لأنه جعل ذلك لهما، وهو ظاهر قول الشامل فلها فسخ نكاح الفاسق بجارحة، ونحوه قول ابن الحاجب أيضاً لا خلاف أن للزوجة ولمن قام لها فسخ نكاح الفاسق، ونقل (ح) عن الفاكهاني أن المشهور صحة نكاح الفاسق وأنه لا يفسخ، وذكر في المعيار عن أبي الفضل العقباني أن فسقه إن كان بكثرة الأيمان بالطلاق فعيب أو باستغراق ذمته بالحرام، فهذان الوجهان يوجبان الفسخ لأن المرأة تكون معه في زنا في الوجه الأول وتبقى تحت مضيعة في الوجه الثاني وذلك أعظم الضرر قال: وهناك وجوه أخر من الفسق لا توجب ما أوجبه هذا من الفسخ ثم قال في جواب آخر عن نكاح الفاسق: إن التعرض لفسخه أمر عسير لأن تغيير المنكر إن أدى إلى منكر أعظم منه سقط الأمر عنه، ونحن نميل في هذه الأزمنة لما مال إليه من قال من الشيوخ: لو أخذ بهذا لفسخت أكثر الأنكحة إذ قل من يخلو عن الفسق بالجوارح الخ فقوله: وذلك من أعظم الضرر دليل على أن النكاح صحيح لو لم تقم هي أو بعض أوليائها بالفسخ في الوجه الثاني، وكذا في الوجه الأول لأنه علله بأن كثرة الأيمان منه عيب يوجب لها ولمن قام لها الفسخ، وبالجملة فظاهر كلام ابن بشير أن الفاسق بأي وجه كان فسقه بزنا أو بشرب خمر أو كثرة أيمان أو غير ذلك لا يصح نكاحه، وهل معنى قوله لا يصح نكاحه لا يلزم وهو ظاهر ما مرّ عن الشامل والعقباني واليزناسيني وابن الحاجب، أو معناه أنه فاسد فلا يصح ولو رضيت هي وأولياؤها وهو ما فهمه منه (ح) وقوة كلامه تعطي أنه الراجح ويدل له ظاهر كلام اللخمي الآتي ففي نهاية المتيطي عنه ما نصه: يؤمر الأب في تزويج ابنته بأربع، أن يكون الزوج كفأ في دينه وماله وحسبه سالماً من العيوب التي يجتنبها النساء فإن كان كسبه حراماً أو كثير الأيمان بالطلاق، أو ممن يشرب الخمر لم يكن له أن يزوجها منه فإن فعل فرق الحاكم بينهما لأن الأب وكيل لابنته، وإذا فعل الوكيل ما ليس بنظر رد فعله اهـ. وفي (تت) عند قوله: وجبر وصي أمره به أب أو عين الزوج الخ ما نصه: إذا قال له زوجها من فلان بعد عشرين سنة ألزمها الولي النكاح أن فرض فلان مهر المثل ولم يكن فاسقاً ولا حجة لها في كونه الآن ذا زوجة، وكان وقت الإيصاء عزباً اهـ. ومثل الفاسق بالجارحة الفاسق بالاعتقاد كما يأتي، وعلى هذا فقول (خ) ولها وللولي تركها الخ مقيد بما مر عن المفيد ويقال: إن المراد بالولي الجنس أي ولها ولجميع الأولياء وأما إرجاع الضمير في تركها لخصوص الحال كما في (خ) فخلاف المتبادر وبعد هذا يكون بحسب ظاهره ماشياً على ظاهر ما لابن الحاجب والعقباني وغيرهما، ثم إذا قلنا بتحتم الفسخ على ما في (ح) أو بعدم تحتمه على ظاهر من تقدم فظاهر كلامهم أنه يفسخ قبل الدخول وبعده، وإن كان ابن زرب جزم بعدم فسخه بعد الدخول والمراد بالحال في كلام (خ) السلامة من العيوب إلا النسب والحسب بدليل قوله: والمولى وغير الشريف الأقل جاهاً كفء الخ. وما تقدم من أن العبد ليس بكفء هو المعتمد من أحد التأويلين في قوله: وفي العبد تأويلان الخ. قال (تت) واقتصر (خ) على أن الكفاءة الدين والحال لأنه قول مالك وزاد ابن القاسم: المال. قيل: واتفق عليه أصحاب مالك اهـ ونحوه. لابن فتوح، وفي النهاية عن اللخمي أنه إن كان عاجزاً عن السعي يرى أنها تكون معه في ضيعة أو يسعى من وجه يدركها منه معرة كالذي يتكفف الناس فإن الأب يمنع من تزويجها له ويفسخ نكاحه إن فعل

له اهـ. وفي الوثائق المجموعة ومختصر المتيطية أن الكفاءة المعتبرة عند ابن القاسم في الحال والمال وبه القضاء وعند ابن الماجشون في الحال والمال والدين اهـ. وممن ذكر أن المال معتبر في الكفاءة ابن هلال في نوازله والعبدوسي صدر أنكحة المعيار، ولذا صدر به (خ) حيث قال: وللأم التكلم في تزوج الأب الموسرة المرغوب فيها من فقير الخ. وقال ابن عرفة: الكفاءة المماثلة والمقاربة مطلوبة بين الزوجين وفي كونها حقاً للولي والزوجة أو للزوجة الثيب دون وليها فيصح إسقاطها. ثالثها: حق لله تعالى وبه القضاء اهـ. وأصله في المتيطية قال فيها، ولابن الماجشون أنها شرط في صحة النكاح وهو اختيار ابن القاسم وبه القضاء والفتوى، ونقله في معتمد الناجب في شرح ابن الحاجب قال بعضهم: وانظر كيف يلتئم كونها شرطاً في صحة النكاح على المعمول به مع قولهم لها وللولي تركها، اللهم إلا أن يقال قد تبدل العمل وإلاَّ فشرط الصحة ليس لأحد تركه.

قلت: كونها حقاً للزوجة والولي هو المشهور كما يقتضيه تصدير ابن عرفة به واقتصار (خ) وغيره عليه ولا يلزم من كونه مشهوراً أن يكون معمولاً به، وحينئذ فـ(خ) يدور مع المشهور وإن كان العمل بغيره ثم قال ابن عرفة: إثر ما مر وفي كونها في الحال والمال أو فيهما، وفي الدين أو في الحال والدين أو في الدين فقط. خامسها: في النسب لا المال الأول للمتيطي مع ابن فتحون عن ابن القاسم قائلين به الحكم الخ، ففهم منه أن المعتمد عنده هو الأول، ولذا صدر به وهو خلاف ما مرّ عن (خ) من أنها الدين والحال فقط، وأن هذا قول مالك وقد تبين من جميع ما مرّ أن المعتبر في الكفاءة الدين الشامل للإسلام بلا خلاف، وهل يعتبر فيها الدين بمعنى عدم الفسق أيضاً وهو المعتمد كما مرّ عن ابن بشير وابن الحاجب وغيرهما. وهو ظاهر إطلاق (خ) لأن قوله: الدين الشامل للإسلام وعدم الفسق أو لا يعتبر الدين بمعنى عدم الفسق وهو ما شهره الفاكهاني، وبه القضاء عند المتيطي ومن معه، وتصدير ابن عرفة به يؤذن بترجيحه، ولكن فتاوى المتأخرين إنما هي على الأول كما مر فيتعين المصير إليه لاعتمادهم إياه، ولهذا لم يعرج (خ) ولا ابن الحاجب ولا صاحب التلقين ولا صاحب الشامل ولا غيرهم من الفحول على الثاني، بل قولهم لها وللولي تركها دليل على أن الكفاءة ليست شرط صحة وأن المرأة والولي في نكاح الفاسق بالخيار، إذ لو كان نكاحه صحيحاً لازماً كما للفاكهاني ما كان لها أو لوليها الخيار والقيام بفسخه إذا وقع. وفي الحديث: «من زوج كريمته من فاسق وهو يعلم فقد قطع رحمها» أي: خؤولة ولدها منه وذلك أنه يطلقها ثم يصير معها على السفاح فيكون ولدها لغير رشدة فذلك قطع الرحم، وفي جواب لأبي يحيى السراج في رجل ثبت أنه مدمن على شرب الخمر أنكحه رجل ابنته غير عالم بأنه على الصفة المذكورة ثم إن والدها توفي فقام بعض أولاده بالفسخ لإدمان الزوج على الخمر المؤدي للأيمان الحانثة ما نصه: إنه يقبل قوله ويفسخ النكاح بذلك اهـ. وظاهره ولو بعد الدخول ولو مأموناً عليها وهو ظاهر لأن الشرب المؤدي للأيمان عيب كما مرّ عن العقباني وكذا زناه على ما في (ح) عن ابن خويز منداد بل فسقه من حيث هو عيب يوجب لها الخيار حيث لم تعلم به ولو بعد الدخول خلافاً لما مر عن ابن زرب، وبهذا كله تعلم أنه لا يتحتم فسخ نكاح الفاسق كما يقتضيه كلام (م) لأن ما كان لها وللولي تركه لا يتحتم عليها فسخه، وعبارة الشامل: وللمرأة والولي على الأصح ترك كفاءة غير إسلام فلها فسخ نكاح

الفاسق الخ. وفي البرزلي عن المدونة: ليست الكفاءة بشرط في النكاح خلافاً لسفيان فوجب حينئذ أن يكون الضمير في قول (ح) تركها عائداً على الكفاءة كما هو المتبادر منه وأن معنى قول ابن بشير لا يصح أي لا يلزم كما مر، وقد يقال وهو الظاهر أن ما لـ(خ) من تحتم الفسخ وهو ظاهر كلام اللخمي المتقدم إنما هو إذا كانت البنت غير رشيدة لأن رضاها حينئذ لا يعتبر، وعليه يحمل قول من قال إن الكفاءة شرط صحة، ثم إن المعتبر فيها أيضاً الحال أي السلامة من العيوب والمال بأن لا يكون فقيراً لأن فقره مظنة عجزه عن الصداق والنفقة وغيرهما من حقوق الزوجة، والمعتبر فيها أيضاً الحرية، فهذه الأربع لا بدّ منها على الراجح وإن كان الخلاف في جميعها ما عدا الإسلام فلو قال الناظم:

والأب إن زوج من كعبد. لشمل الأربعة. وزيد عليها النسب، وقد تقدم اعتباره في قول (خ) والمولى وغير الشريف كفء الخ. وزيد أيضاً الصنعة فذو الصنعة الدنيئة كالحياكة والحجامة والفران والحمامي ليس كفأً لمن صنعته لأهل المروءة كالنجارة والحرارة والبناية ونحوها كما في ابن عرفة، وقد نظم الإمام القصار هذه الست مع قطع النظر عن الراجح فيها فقال:

شرط الكفاءة ستة قد حررت ينبيك عنها بيت شعر مفرد
نسب ودين صنعة حرية فقد العيوب وفي اليسار تردد

هذا وفي شرح ابن رحال ما نصه: قول المصنف والمولى وغير الشريف كفء الخ. وهو الذي صرحوا بتشهيره، ولكن تقدم في كلامهم ما يدل على أن المعتبر هو المعرة بحسب العادة في البلد والأشخاص والأزمان، وإذا ثبت ذلك فالمولى وهو المسمى في عرفنا بالحرطاني في تزويجه معرة عظيمة فلا يكون كفأً قطعاً وأحرى العبد، فليتنبه الفقيه لهذه القاعدة فهي المعتمد المشهور، وكذا من قرب إسلامه أو إسلام أبيه فإن فيه عند الأكابر معرة، وكذا الفقير باعتبار الأغنياء والتجار وكذا أهل الحرف الدنيئة كالمداحين في الأسواق والذين يتكلمون بالملحون في الولائم المسمون بالشعراء ونحو ذلك. وهذا كله يدل عليه كلام الناس، ولا سيما كلام اللخمي فإنه مشتمل على ما ذكرناه قطعاً انتهى باختصار. ونقل قبل ذلك عن اللخمي كلاماً يدل على أن المدار على المعرة وعلى هذا فالأمور الستة كلها معتبرة والله أعلم. وأما الفسق بالاعتقاد فعلى ثلاثة أوجه ما هو كفر بإجماع فيجب فيه الفراق والفسخ بغير طلاق ويثبت ذلك ببينة علمت بذلك حين العقد أو بإقرار الزوج أو إقرارها مع تصديق زوجها، وإن لم يصدقها لم يقبل قولها، لكن يستحب أن يفارقها وما ليس بكفر بإجماع فلا يجب عليه فراقها ويجب عليه إرشادها وتعليمها وما هو مختلف فيه، فينظر إلى الزوجين فإن اتفقا على القول بعدم التكفير جاز لهما البقاء، وإن أخذا بالقول بالتكفير وجب عليهما الفراق، وكذا إن أقر الزوج خاصة وجب الفراق قاله العبدوسي، والمراد بالمختلف فيه كل من دخل تحت قول (خ) في الإمامة وأعاد بالوقت في كحروري إذ قد دخل في ذلك القدري والشيعي والمعتزلي وغيرهم ممن اختلف في تكفيره، ولذا كان لا يقضى على الزوج بفراقها إن أخذت بتكفيره، والمراد بمن وقع الإجماع على كفره منكر علم الله أي أن الله لا يعلم الأشياء تفصيلاً تعالى الله عن ذلك علواً كبيراً، وكذا منكر

البعث والشاك فيه ونحو ذلك من عدم التفريق بين الله تعالى ورسوله، فإذا وجد أحد الزوجين صاحبه يعتقد ذلك فقبل الدخول يجدد العقد بغير استبراء بعد التعليم ويجدده بعد الدخول بعد الاستبراء. وقوله وإن لم يصدقها الخ. يعني إن زعمت أنها حين العقد كانت مبتدعة بما يوجب كفرها، وأما الآن فهي على خلاف ذلك لا أنها مبتدعة الآن لأنها حينئذ تكون مرتدة والعياذ بالله، والمراد بما ليس بكفر بإجماع ذو الهوى الخفيف كتفضيل علي رضي الله عنه على الشيخين رضي الله عنهما، وفهم من قول (ح): كحروري الخ أن المشهور فيهم أنهم فساق وإلا لبطلت الصلاة خلفهم وفي المدونة لا يزوج القدري.

تنبيه: إذا قلنا إن الفسق عيب على ما مر فانظر هل لا فرق فيه بين وجوده حين العقد أو طروه بعده فهو حينئذ كالجنون يطرأ على الزوج فلها الفسخ بسببه فتأمله فإن الزوج إذا طرأ عليه كثرة الحلف بالأيمان أو استغراق ذمته لا يلزمها أن تقيم معه على أن يطعمها من حرام مع وجود الأحكام، ولعل ما في البرزلي من أن المرأة الصالحة تكون عند ذوي الغصوبات في الأموال تسأله طلاق نفسها فإن أبى أكلت من ماله ولا حرج محله إذا فقدت الأحكام وإلاّ فهي مكلفة بترك الحرام لأن أكل المغصوب مع العلم به غصب والله أعلم.

فائدة: قال ابن عرفة: قد امتحن التونسي في فتواه لمن تعلقت نفسه بشيعية جميلة بقوله من تشيعه بتفضيل علي على أبي بكر دون سب فليس بكافر فشنع عليهم تقسيمهم لغير كافر. قال ابن الحاج: ووافق فقهاء عصره على استتابته سداً للذريعة. قال البرزلي: لما قسمهم التونسي في فتواه إلى قسمين من يفضل علياً على غيره دون سب للغير فليس بكافر، ومن يفضله ويسب غيره فهو بمنزلة الكافر لا تحل مناكحته. قالت عامة القيروان: هو بتقسيمه الشيعة إلى قسمين كافر وأفتوا باستتابته سدّاً للذريعة فأبى أن يتوب فقال له شيخ من الفقهاء: أما لك ذنوب سابقة تتوب منها؟ فصعد المنبر وقال: إنما أتوب من ذنوبي أو نحو هذا فقالت العامة: لما ارتد التونسي صار وجهه كأنه وجه كافر، ولما تاب صار وجهه وجه مؤمن ثم قال عن بعضهم: إن الشيعة على ثلاثة أقسام، القسمان الأولان والثالث القائلون أن جبريل عليه السلام أخطأ في الوحي، وإنما الرسول علي، وهذا القسم كافر بإجماع. وذكر ابن شرف أنه شاهد قصة التونسي وأنه طلب منه الرجوع على عيون الأشهاد على المنبر فأبى، ثم طلب منه أن يرجع على أيدي الخاصة فأبى، ثم طلب منه أن يرجع على يد القاضي وشهوده فأبى، قال عياض في المدارك: والذي أفتى به هو الحاوي على الفقه والحق إلاّ أنهم أرادوا حسم هذا الباب في الشيعة لتقع النفرة منهم اهـ باختصار. وقوله في القسم الثاني: منزل منزلة الكافر خلاف المشهور من أنه ليس بكافر والواجب أدبه بالاجتهاد كما قال (خ): أو سب من لم يجمع على نبوته أو صحابياً الخ. ثم على ظاهر ما ذكره الفقهاء من سد الذريعة بفسخ نكاح الفاسق بالاعتقاد مطلقاً سداً للذريعة ولا يفصل فيه التفصيل المتقدم لأن المطلوب حسم هذه البدعة من أصلها وإنكاحهم يؤدي إلى إقرارها وزيادة انتشارها، ولهذا قال في المدونة: لا يزوج القدري وظاهره مطلقاً. وانظر هل يقال ببطلان الصلاة خلفهم على هذا أي سداً للذريعة أيضاً.

٣٦٣ـ وكَالأَبُ الوصِيُّ فِيما جَعَلاَ   أبٌ لَهُ مُسَوَّغٌ ما فَعَلاَ

(وكالأب) خبر عن قوله **(الوصي)** وقوله **(فيما)** يتعلق بالاستقرار في الخبر **(جعلا)** صلة ما وألفه للإطلاق والرابط بينه وبين الموصول محذوف أي جعله **(أب)** فاعل **(له)** يتعلق بجعل وضميره للوصي**(مسوغ)** خبر عن قوله**(ما)** . وقوله: **(فعلا)** صلة وألفه للإطلاق أيضاً، وفاعله ضمير الوصي والرابط محذوف، والجملة من المبتدأ والخبر في معنى التأكيد لما أفادته الجملة الخبرية قبلها، ومعناه أن الوصي ووصي الوصي كائن كالأب سائغ فعله فيما جعل له الأب من جبر البنات صراحة أو ضمناً كزوّجها صغيرة أو كبيرة أو قبل البلوغ وبعده أو عين له الزوج فيجبرها الوصي ووصيه وإن سفل في ذلك كله على المشهور. وهي للزوج المعين في الأخيرة إذ بذل لها مهر المثل ولم يكن فاسقاً ولا حجة لها في كونه ذا زوجة أو سرية الآن، وكان يوم الإيصاء عزباً فإن أبى أن يبذل مهر المثل أو كان فاسقاً أو به عيب سواء كان فسقه أو عيبه حين الوصية أو طرأ بعدها لم تجبر عليه، وكذا إن أراد الوصي أن يجبرها في الصور الأول من فاسق ونحوه كما مر في البيت قبله، وهذا يدل على أن الوصي ليس كالأب من كل وجه، بل إنما هو مثله في الجبر في التزويج بمهر المثل قاله (ز) وتأمله مع قول (خ) وجاز الرضا بدونه أي المثل للمرشدة وللأب ولو بعد الدخول وللوصي قبله لا المهملة الخ. فإن لم ينص له على الجبر صراحة ولا ضمناً بل قال له: زوجها ممن أحببت أو زوجها وأطلق أو أنت وصي على بناتي أو على بضع بناتي أو على بعض بناتي إذ البعض مبهم ففي الجبر في كل من الصور الخمس قولان مشهوران أشار لذلك (خ) بقوله: وجبر وصي أمره أب به أو عين الزوج وإلا فخلاف. قال (ز) والراجح الجبر في الجميع إذا أتى في الصيغتين الأولين من الخمس بلفظ التزويج أو بلفظ الإنكاح وإلا لم يجبر وأما إن قال وصي فقط أو على مالي فلا جبر اتفاقاً اهـ. أي: وإن كان له العقد قبل الأولياء كما مرّ، لكن قال بعضهم: الصواب قصر الخلاف في لفظ (خ) على الصيغتين الأولين قال: وما ذكر من ترجيح الجبر صحيح كما يفيده ابن أبي زمنين وغيره: وإن كان ابن رحال رجح عدم الجبر قائلاً هو الظاهر من كلام الناس لأنه إذا اختلف في الجبر الموصى به صراحة فكيف بغيره فانظر ذلك.

٣٦٤ـ وَحَيثُمَا زَوَّجَ بِكراً غَيرُ الأبْ   فَمَعْ بُلُوغٍ بَعْدَ إثْبَاتِ السَّبَبْ

(وحيثما) ظرف مكان مضمن معنى الشرط **(زوج)** فعل الشرط **(بكراً)** مفعول **(غير)** بالرفع فاعل **(الأب)** مضاف إليه **(فمع)** بالفاء وسكون العين جواب الشرط وهي داخلة على مبتدأ محذوف مع خبره أي فشرط تزويجه كونه مع وجود **(بلوغ)** وقوله **(بعد إثبات السبب)** معطوف

(وكالأب الوصي فيما جعلا أب له) من جبر بناته أو قوله: زوجها قبل البلوغ وبعده، أو زوج ابنتي من فلان بعد عشر سنين أو بعد أن تبلغ فذلك لفلان إذا بلغ صداق المثل وليس لها ولا للوصي أن يأبى ذلك إلا بفسق يحدث أو تلصص أو سقم بين لأتزوج أو اتخاذ سراري وإن خلوا أولاً. ولا حجة لها في ذلك. **(مسوغ)** خبر مقدم **(ما فعلا)** أي لما فعله الوصي مما جعله له الأب مسوغ له، وتقدم وللوصي العقد قبل الأولياء **(وحيثما زوج بكراً غير الأب)** من أخ أو عم أو غيرهما كوصي لم يجعل له الإجبار أو جعل له بقيد بلوغها **(فمع بلوغ)** لها **(بعد إثبات السبب)** أي

بحذف العاطف على الظرف قبله من عطف العام على الخاص إذ البلوغ من جملة الأسباب، والظرفان يتعلقان بذلك المحذوف أي مع بلوغ بعد إثبات السبب، والمعنى أن البكر إذا زوجها أخوها أو عمها أو كافلها أو وصيها غير المجبر، ونحو ذلك ممن لا جبر له عليها كالقاضي ونحوه، فشرط صحة تزويجه كونه مع وجود بلوغها وبعد إثبات باقي الأسباب غير البلوغ من توكيلها وكفاءة الزوج ورضاها به وبالصداق، وأنه صداق مثلها وأنها يتيمة لا أب لها ولا وصي لها أو لها أب مفقود أو أسير أو بعيد كإفريقية من مصر وأنها خلو من زوج وعدة، وأنها صحيحة غير محرمة بحج أو عمرة ولا محرمة على الزوج فإن اختل واحد من هذه الأسباب بإقرار الزوج أو بينة فسد النكاح فيما عدا صداق المثل أما هو فيخير الزوج في تكميله أو يفسخ ولا عبرة برضاها إن كانت مهملة غير رشيدة فإذا لم يعثر عليه حتى دخل كمله وجوباً وإن كانت رشيدة مضى عليها قبله وبعده كما مرّ، وإن لم يقر الزوج ولا شهدت البينة وسقط من الوثيقة شيء من ذلك ففي التوكيل والرضا بالزوج القول لها في عدم ذلك إن كان النزاع قبل الدخول لا بعده كما مرّ في التنبيه الثالث عند قوله: فالصيغة النطق بما كأنكحا الخ. وفي البرزلي عن ابن رشد على ما يعطيه سياقه أوائل الأنكحة فيمن زوج ابنته من خمسة عشر سنة وادعت بعد الدخول عدم البلوغ أن النكاح ماض ولا يقبل قول وليها أنها غير بالغ، وظاهره أنه لا ينظرها النساء لأن نظرهن مقصور على الإنبات أو معرفة ذلك في وجهها وقدها والبلوغ لا ينحصر في ذلك كما مرّ عند قوله: والمهر والصيغة الخ. وفي السادس عشر من الفائق أنها تكلف بإثبات عدم بلوغها ولا يقبل في ذلك أقل من امرأتين وإن بينة البلوغ وعدمه إن تعارضتا صير للترجيح، وقد تقدم هناك عن ابن المكوى أن النكاح على الصحة والسلامة وإلا سقط من رسمه خلو من زوج وعدة يعني: وكذلك الكفاءة واليتم لأن الأصل في العقود الصحة وفي الوثائق الفشتالية أنه إن سقط من الرسم في نكاح الثيب خلو من عدة وادعت بعد العقد أنها حامل أو لم يأتها قرء فمنهم من قال يقبل قولها ويفسخ النكاح، وبه قال ابن عتاب، ومنهم من قال لا يقبل قولها، وبه قال ابن القصار والأول أبين اهـ. فما مر عن ابن المكوى جار على ما لابن القصار إذ الظاهر أنه لا فرق بين البكر والثيب ولا بين تزويج القاضي وغيره ممن لا جبر له في هذا، وكذا فيما عداه من البلوغ والكفاءة واليتم وغير ذلك من الأسباب مما عدا الرضا والتوكيل فيجري في ذلك كله الخلاف المذكور لأن الكل موانع فما قيل في أحدها يقال في الآخر وبه تعلم ما في قول (ح) لم أر فيه نصاً، ومفهوم قوله: فمع بلوغ الخ. أن غير البالغ لا يصح تزويجها وهو كذلك (خ) إلا يتيمة خيف فسادها وبلغت عشراً وشوور القاضي أي فإن غير الأب ممن لا جبر له يزوج غير البالغ بهذه الشروط الثلاثة، وسواء كانت فقيرة أو غنية إذ مع خوف الفساد لا يشترط فقرها خلافاً لـ (ز) فإن اختلت أو واحد منها صح إن دخل وطال، وإذا فسخ

فلا تزوج إلا بعد البلوغ وبعد إثبات السبب في تزويج غير الأب لها من أنها لا أب لها أو لها أب مفقود أو أسير أو لا وصي وإن زوجها الوصي أثبت الإيصاء وينسخ رسمه في أعلى الصداق، أو بمضمونه رسم الصداق، أو حيث يكون شهوده هم شهود الإيصاء، وإن كان كافلاً أثبت الكفالة وشمل قوله: غير الأب القاضي وإنما ذكره. بقوله:

حيث لم يطل فهو طلاق وفيه الميراث إن مات أحدهما قبل الفسخ وفيه جميع المسمى إن دخل أو مات ونصفه إن طلق والطول بمضي مدة تلد فيها ولدين فأكثر بالفعل أو قدرها إن لم تلدهما والسنة والولد الواحد لغو كما في ابن عرفة. وفي الفشتالية وأبي الحسن أن المشهور فسخه أبداً، ويؤيده أن الباجي عزاه لمالك وأصحابه وعزا الآخر لابن القاسم وحده في الموازية.

٣٦٥ـ وحَيْثُمَا العَقْدُ لِقَاضٍ وَلِي فَمَعْ كُفْءٍ بِصَدَاقِ المِثْلِ

(**وحيثما**) شرط كالذي قبله (**العقد**) نائب فاعل فعل مقدر يفسره ما بعده (**لقاض**) يتعلق بقوله (**ولي**) المفسر لذلك المقدر (**فمع**) الفاء داخلة على محذوف جواب الشرط كما مرّ نظيره في البيت قبله أي: فشرط صحته كونه مصحوباً لوجود (**كفء**) و(**بصداق المثل**) وغير ذلك من باقي الأسباب ففيه حذف الواو مع ما عطفت لدلالة ما في البيت قبله عليه، وليس هذا البيت بضروري الذكر مع الذي قبله لأن غير الأب يشمل حتى القاضي كما مرّ، وإنما ذكره عقبه لئلا يتوهم قصور الحكم في الذي قبله على ولي النسب قاله (م).

تنبيهان. الأول: إنما تكون الولاية للقاضي إن كان يقيم السنة ويحتبل بما يجوز به العقد، وإلاَّ فلا قاله ابن لبابة ونقله (ق).

الثاني: إذا شهد الشهود بأنه كفء أو غير كفء فلا تقبل شهادتهم إلا بعد استفسارها لأن الكفاءة تختلف في نظر العلماء فلا تقبل مجملة حتى يقولوا هو كفء لها في الحال والمال والدين والحرية على نحو ما مرّ قبل هذين البيتين، أو يقولوا هو غير كفء لها لكونه فاسقاً بالجارحة أو بالاعتقاد أو لكونه عبداً أو فقيراً أو نحو ذلك، وإن تعارض شهود الكفاءة وعدمها أو غير ذلك من الأسباب فقد تقدم حكم ذلك آخر الشهادات، ثم لا فرق بين أن تكتب الأسباب المذكورة في رسم على حدته ويكتب رسم النكاح تحتها أو حولها أو عرضها ويحال عليها، وبين أن تضمن في رسم النكاح نفسه بأن يقولوا في آخر الوثيقة المتقدمة كيفيتها عند قوله: والمهر والصيغة الخ.

(**وحيثما العقد لقاض ولي فمع كفء بصداق المثل**) اهتماماً بشأنه ولا بد في تزويجه من إثبات البلوغ أيضاً كما لا بد في تزويج غيره مما ذكر من الكفاءة وصداق المثل قال في المدونة: ولا يجوز للوصي ولا لسلطان ولا لأحد من الأولياء أن يزوج البكر بأقل من صداق المثل، وفي النوادر: وإذا رفعت امرأة أمرها إلى الحاكم لتنكح كشف عنها، فإن لم يكن ولي زوجها برضاها إن دعت إلى كفء في الحال والمال والقدر، وفي المتيطية إن كانت بكراً فينبغي أن يثبت عنده بالعدول أنها يتيمة بكر بالغ خلو من زوج، وفي غير عدة وأن لا ولي لها وأن الزوج كفء لها وأن الذي بذل لها صداق مثلها اهـ. زاد الجزولي: وأنها حرة صحيحة غير محرمة ولا محرمة على الزوج اهـ.

تنبيهان. الأول: لا بد في استفسار شهود الكفاءة كما اختاره العبدوسي وغيره تبعاً للمتيطي لأن الكفاءة تختلف في نظر الناس، فلا تقبل مجملة خلافاً للحطاب.

الثاني: لو زوج القاضي من غير إثبات ما ذكر، فالظاهر أنه لا يفسخ حتى يثبت ما يوجب فسخه، ولم أر في ذلك نصاً قاله الحطاب. قلت: والظاهر أن الكافل أو غيره ممن تقدم عليه كذلك وهو المعتمد فيما إذا باع للوصي دون إثبات الموجبات كما يأتي إن شاء الله تعالى.

ما نصه: شهد عليهما أو عليهم وهم بأتمه وعرفهم من يعرف وجود جميع الأسباب المنصوصة في هذا الرسم معرفة عيان لا سماع أو شبه ذلك فإن لم يقولوا هذا كان ذكرهم تلك الأسباب في الرسم مجرد حكاية محتمل لمعرفتهم إياها معرفة العيان أو السماع فلا تعارض حينئذ شهادتهم البينة بعدم البلوغ ونحوه إن كانوا من غير أولي العلم كما مرّ هناك، وكذا إن كان الناكح لها وصياً أو مقدم القاضي أو كافلها لا بدّ أن تكتب رسمي الإيصاء والكفالة، ثم رسم النكاح تحتهما أو تضمن ذلك في رسم النكاح فتقول: شهد عليهما وهما بأتمه من يعرف الإيصاء أو التقديم أو بإشهاد والد الزوجة أو والد الزوج على أنفسهما بذلك في عهده الذي توفي فيه كل واحد منهما أو بإشهاد القاضي فلان بذلك مع معرفته بالمتوفي أو بالقاضي عيناً واسماً قاله في طرر ابن عات، ونقله في الفشتالية قالا: وإذا اقتصرت على قولك من يعرف الإيصاء ولم تفسره بإشهاد الموصيين أو القاضي احتمل أن تكون معرفة سماع أي: وهي لا تفيد إلا بشروط، وكذا تقول في الكفالة من يعرف كفالته لها عشراً أو أربعاً ونحو ذلك معرفة عيان، وهذا كله مبني على أن الإرسال في مستند العلم من غير أولي العلم مضر، وقد تقدم ما في ذلك من الخلاف في باب الشهادات وعلى أنه مضر درج ابن فتوح فإنه لما ذكر أنه إذا عقد في وثيقة مثل اشترى فلان من فلانة جميع الملك الكذا المتصير إلى البائعة بالابتياع من فلان أو بالميراث من أبيها أو بالصدقة من فلان قال: فإن تضمن الإشهاد معرفة الشهود بذلك ثبت التصيير المذكور، وإلا لم يصح ذلك ثم قال: وتحصين ذلك أن تقول: شهد على إشهاد المبتاع والبائعة على أنفسهما من عرفهما وهما بحال الصحة وجواز الأمر ممن عرف أن جميع المبيع المذكور تصير إلى البائعة فلانة بالابتياع من فلان بإشهادهما بذلك على أنفسهما أو بالصدقة من فلان بإشهاده على نفسه بذلك أو بالميراث المذكور وعرف موت أبيها فلان وأن أهل الإحاطة بميراثه في علمهم أبناء فلان وفلانة المذكوران المالكان لأنفسهما وعرف اقتسامها مع أخيها، وأن المبيع المذكور صار إليها بالاقتسام المذكور بإشهادهما بذلك على أنفسهما اهـ. فانظر كيف التزم التصريح فيما أراد إثباته ببيان مستند الشهادة، وذلك إشهاد المتبايعين والمتصدق والمقتسمين وما ذاك إلا لكون الشهادة المرسلة عنده ناقصة، وقد قال في الفائق: اعلم أن مدار الوثائق على ما يتضمنه الإشهاد وما يأتي فيها من خبر وحكاية لم يتضمنه معرفة الشهود فليس يثبت بثبوت الوثيقة الخ. ولذلك لم يثبت التصيير ونحوه بقولهم المتصير إلى البائعة بالابتياع بل حتى يقولوا تصير لها من فلان بإشهادهما أي ومعرفته إياهما عيناً واسماً كما مر، ثم إذا لم يثبت التقديم ولا الإيصاء ولا الكفالة للإجمال والإرسال فإن كان الشهود أحياء استفسروا وإلا بطل كل من ذلك إن لم يكونوا من أولي العلم وينظر في النكاح فإن كانت المرأة دنيئة صح لقول (خ) وصح بها في دنيئة مع خاص لم يجبر كشريفة دخل وطال الخ. إذ كل من هؤلاء أجنبي حينئذ.

٣٦٦ـ وَتَـأْذَنُ الـثَّـيِّـبُ بِـالإِفْـصَـاحِ وَالـصَّـمْـتُ إِذْنُ الـبِـكْـرِ فِـي الـنِّـكَـاحِ

(**وتأذن**) مضارع أذن (**الثيب**) فاعله (**بالإفصاح**) تعلق بتأذن (**والصمت**) مبتدأ (**إذن البكر**)

(و) حيث لم تزوج الثيب أو البكر إلا برضاها لانتفاء الجبر عنها (**تأذن الثيب بالإفصاح**)

خبره **(في النكاح)** يتعلق بالخبر. ولما كانت الثيب البالغ الحرة لا تتزوج إلا برضاها كما مرّ إذ لا جبر عليها، وكذا البكر التي لا جبر عليها نبه على أن الرضا من الثيب بالزوج والصداق والتوكيل هو ما وقعت الدلالة منها عليه بالنطق والإفصاح وأن الرضا من البكر بما ذكر يكفي في الدلالة عليه صمتها وسكوتها لقوله ﷺ: «البكر تستأمر وإذنها صمتها والثيب تعرب عن نفسها» (خ): وندب إعلامها به أي بأن صمتها إذن ورضا بأن يقال لها: فلان خطبك بصداق قدره كذا ونقده ومؤخره كذا فإن رضيت فاصمتي وإن كرهت فانطقي يقال لها ذلك مرة واحدة وقيل ثلاثاً فإن صمتت أو ضحكت أو بكت زوجت ولا يقبل منها بعد ذلك أنها جهلت أن الصمت رضا في تأويل الأكثر إلا أن تكون معروفة بالبله وقلة المعرفة على قول: فإن تكلمت وأفصحت بالرضا فقد تكلفت ما لا يلزمها ولا يضرها ذلك نقله القلشاني وابن سلمون وغيرهما. وقد علق بحفظي أنها تجري عندهم على من فرضهم المسح فغسل الخ. لا إن منعت أو نفرت فلا تزوج ويفسخ ولو بعد طول، وما تقدم من أنه لا بدّ من إذنها في التوكيل بعد الرضا بالزوج والصداق ظاهر مع تعدد الولي وتساويه ابن زرب: إن كان لها ولي واحد ورضيت بالزوج والصداق فلا يحتاج ذلك الولي للإذن له في العقد وظاهر قول (خ) المتقدم أنه لا يعقد عليها إلا بإذنها له ولو اتحد قال في ضيح، وهو قول ابن القاسم. ولما كان قوله: والصمت الخ. شاملاً لجميع الأبكار وكان بعضهن لا بد فيه من الإذن بالقول حسبما قاله أهل المذهب نبه على ذلك فقال:

٣٦٧ـ واسْتُنْطِقَتْ لِزَائِدٍ فِي العَقْدِ كَقَبْضِ عَرْضٍ أَوْ كَزَوْجِ عَبْدِ

(واستنطقت) بالبناء للمفعول ونائبه البكر **(لزائد)** يتعلق به ولامه للتعليل وهو اسم فاعل

والنطق بالرضا ولا يكفي صمتها **(والصمت إذن البكر في النكاح)** حيث لم يكن لها أب ولا وصي مجبر لقوله ﷺ: «البكر تستأمر وإذنها صماتها والثيب تعرب عن نفسها». رواه أحمد وابن ماجه وابن أبي شيبة بهذا، وعند مسلم: «الثيب أحق بنفسها والبكر تستأمر وإذنها سكوتها». وعند الترمذي: «لا تنكح الثيب حتى تستأمر وإذنها ولا تنكح البكر حتى تستأذن وإذنها الصمت» وكما يكتفي منها بالصمت في الرضا بالزوج كذلك في التفويض للوصي يعقد لها، فإن قالت: جهلت أن الصمت رضا لا تصدق لأنه مشتهر، وقيل: إلا أن تكون معروفة بالبله وقلة المعرفة. بهرام:

ثلاثون لا عذر بجهل يرى بها ... وردها من الأعداد تسعاً لتكملا
فأولها بكر تقول لعاقد ... جهلت بأن الصمت كالنطق مقولا

الخ. وندب إعلامها به أي بأن الصمت رضا. قال ابن شاس قال أبو إسحاق: يقال لها ثلاث مرات: إن رضيت فاصمتي وإن كرهت فانطقي. وقال ابن الحاجب مرة، وقيل ثلاث، ويستثنى من ذلك أبكار لا بد من إذنهن بالقول ولا يكفي الصمت ذكرها أهل المذهب، ونظمها ابن غازي في قوله:

سبع من الأبكار بالنطق خليق ... من زوجت ذا عاهة أو من رقيق
أو صغرت أو عنست أو أسندت ... معرفة العرض لها أو رشدت
أو رفعت لحاكم عضل الولي ... أو رضيت ما بالتعدي قد ولي

وأشار الناظم إلى بعضها فقال: **(واستنطقت لزائد في العقد، كقبض عرض)** أي صداقها

أريد به المصدر أي لزيادة (في العقد) مخالفة لصريح العادة (كقبض عرض) خبر لمبتدأ محذوف أي وذلك كقبض عرض في صداقها أي زوجت بعرض كثوب أو دار مثلاً لأن العادة أن الأصدقة من النقود فإذا خولفت هذه العادة وزوجت بغير النقد فلا بد من رضاها به بالقول، سواء كان العرض كل الصداق أو بعضه لأنها بائعة مشترية والشراء لا ينعقد بالصمت، فإن كانت عادتهم التزوج بالعروض فلا يحتاج لنطقها (وكزوج عبد) معطوف على ما قبله يليه والإضافة على معنى من أي وكتزويجها من عبد ويجوز قراءة زوج بالتنوين وعبد صفة له أي ذو عبودية وظاهره: ولو قل جزء رقه ولا يتكرر هذا مع قوله: والأب إن زوجها من عبد الخ. لأن هذا من حيث النطق، وما تقدم من حيث الجبر أي أن رضاها الذي لا يكون متعدياً به لا بد أن يكون بالنطق فالرضا أعم من النطق فما تقدم لا يفهم منه ما هنا، وأشعرت الكاف أن ذلك لا ينحصر في المثالين المذكورين وهو كذلك (خ): والثيب تعرب كبكر رشدت أو عضلت أو زوجت بعرض أو رق أو عيب أو يتيمة قبل البلوغ أو افتيت عليها الخ. ونظمها ابن غازي، وزاد فيها العنس تبعاً للمتيطي وغيره فقال:

سبع من الأبكار بالنطق خليق من زوجت ذا عاهة أو من رقيق
أو صغرت أو عنست أو أسندت معرفة العرض لها أو رشدت
أو رفعت لحاكم عضل الولي أو رضيت ما بالتعدي قد ولي

وإنما كانت سبعاً لأن ذا العاهة والرقيق قسم واحد كما في المتيطية لأنها زوجت من غير كفء فيها، وظاهر لفظ (خ) أن العانس كغيرها يكفي في إذنها الصمت وهو ظاهر لأن له جبرها على المشهور كما مرّ، وسيأتي حد التعنيس في قوله في الأوصياء:

والسن في التعنيس من خمسينا فيما به الحكم إلى الستينا

وهذه السبع المتقدمة كلهن يتيمات ما عدا المعضولة والمرشدة والمعنسة، ومن زوجت من ذي عاهة أو رق فلا بد من نطقهن كن ذوات أب أو وصي أم لا. وقوله: أو عضلت أي عضلها الولي أب أو غيره، وثبت ذلك وأراد الحاكم أن يزوجها لا الأب وإلاّ فلا يحتاج لنطقها ولا ترتفع ولاية الأب عنها حتى يتقدم له في ذلك فيقال له: إما أن تزوجها وإلا زوجناها عليك فإن زوجها الحاكم من غير تقدم له في ذلك فهو باطل، وليس من العضل ولا من الضرر بها حلق ضفيرتها وتهديدها بالسكين وأولى ضربها كما في المعيار أوائل الأنكحة. وقول الناظم: كقبض عرض الخ. يعني وهي يتيمة مهملة لا مرشدة لأن المرشدة لا بد من نطقها مطلقاً زوجت بعرض أو غيره على المشهور واليتيمة المهملة هي التي فيها التفصيل بين العرض وغيره قال في المتيطية: واليتيمة يساق لها مال نسبت معرفته لها إذا لم يكن لها وصي لا بد من نطقها بالرضا بذلك اهـ. ونحوه في ابن سلمون عن ابن الحاج قال طفي: ومعنى ذلك أن اليتيمة التي لا وصي لها ينسب معرفة قدر المهر إليها فإن كان عرضاً فلا بد من تسميته ووصفه وتنسب المعرفة والرضا به إليها نطقاً اهـ. فالمراد بالمال في كلام المتيطي وغيره خصوص العرض كما هو

وعبارة (خ) أو زوجت بعرض أو لرق وهو معنى قوله: (وكزوج عبد) أي وكتزويجها من عبد.

واضح خلافاً لمن فهم شموله للعين، وقوله: يساق أي يصدق الخ.

تنبيهات. الأول: ذكر ابن لب حسبما في أواخر معاوضات المعيار ما نصه: الغرض منه إذا صارت الدمنة المذكورة صداقاً انعقد عليها لزمت برضا الزوج والزوجة والولي ورضا الزوجة هو الاستمار على سنته لا يضر سكوتها فيه مع أن الصداق أصل ملك كما لا يضر في العروض وهو الصحيح من القولين وعليه العمل اهـ. ونحوه لابن عات في طرره مقتصراً عليه من غير ذكر عمل قال: فإن كان في المهر سياقة قلت في الاستمار ما ذكره ابن الطلاع في وثائقه: أنكحه إياها أخوها فلان بعد أن استأمرها في ذلك بفلان زوجاً وبما بذل لها مهراً وبما ساق إليها، ووصف ذلك وصفاً قام مقام العيان فصمتت عند ذلك راضية بهذا النكاح بعد أن عرفت أن إذنها صماتها وهي بكر يتيمة اهـ. وهو مقابل لما مر سواء قلنا إنه في اليتيمة المهملة كما هو ظاهرها أو في المرشدة، وقوله: ووصف ذلك الخ. يعني إذا لم يمكن إحضاره كحائط مثلاً ولم تتقدم رؤيته.

الثاني: قال في المتيطية: فإن لم تتكلم يعني المرشدة فعليها أن تحلف أن سكوتها لم يكن رضا اهـ. وهذا يجري في كل مستنطقة من الأبكار فإن لم يعلم إذنها بصمت ولا غيره، ففي الطرر قال ابن فتحون: إنما فسخ نكاح محمد بن نصر لأن أباها زوجها بعد أن رشدها ولم يعلم إذنها بصمت ولا غيره فكان ذلك بمنزلة ابنته الثيب ولم يستأمرها اهـ.

الثالث: قال في الطرر: ولا يلزم الزوجة بيع السياقة ولا ما يصدقها من عرض أو حيوان لتتجهز بثمن ذلك، ولها إن شاءت ذلك اهـ. فقول (خ) ولزمها التجهيز على العادة بما قبضته يعني عيناً لا عرضاً.

٣٦٨ـ وَثَيِّبٌ بِعَارِضٍ كَالْبِكْرِ   وبِالْحَرَامِ الْخُلْفُ فِيهَا يَجْرِي

(وثيب) مبتدأ سوغه كونه صفة لمحذوف أي وبكر ثيب أو تعلق **(بعارض)** به **(كالبكر)** خبر أي أن الثيب بعارض كحمل شيء ثقيل أو قفزة أو عود أو كثرة ضحك أو تكرر حيض، ونحو ذلك حكمها حكم البكر في أن إذنها صماتها، وفي بقاء الجبر عليها إن كان لها مجبر ولم تكن من الأبكار المتقدمات فالتشبيه تام أي: كالبكر التي لم تثيب بشيء فلا يلزم عليه تشبيه الشيء بنفسه ودفع بهذا ما يتوهم أن الثيب بعارض تستنطق كما يستنطق غيرها، ثم ينبغي للإنسان إذا زالت بكارة بنته بشيء مما مر أن يشهر ذلك، ويأتي بشهود يشهدهم بذلك. وكذا إذا خلقت بنته يوم عاشوراء فإنهم قالوا تخلق بلا بكارة نص عليه ابن حبيب في الواضحة **(و)** بكر ثيب **(بالحرام)** يتعلق بمقدر مبتدأ كما ترى **(الخلف)** مبتدأ ثان **(فيها)** يتعلق بالخبر الذي هو

(وثيب بعارض) كمثل شيء ثقيل وقفزة وكثرة ضحك أو تكرر حيض **(كالبكر)** في بقاء الجبر عليها **(و)** ثيب **(بالحرام)** كزنا أو غصب **(الخلف فيها يجري)** ففي المدونة تجبر كالبكر، ولابن الجلاب الثيب بزنا أو نكاح سواء فلا تجبر. **(كواقع)** أي كثيب بنكاح صحيح واقع. **(قبل البلوغ الوارد)** أي من شأنه أن يرد بحيض أو غيره ثم يموت الزوج أو يطلق فترجع للأب قبل بلوغها، والتشبيه في جريان الخلاف. قال في التوضيح: وأما الثيب ففيها ثلاثة أقوال. الجبر وعدمه، وقال ابن القاسم،

(يجري) والجملة من الثاني وخبره خبر الأول، والمعنى أن الثيب بالحرام كزنا وغصب جرى خلاف في كونها كالبكر فإذنها صماتها وينسحب جبر الأب أو وصيه عليها وهو المعتمد، ومذهب المدونة أو ليست كالبكر بل كالثيب فتعرب عن نفسها ولا جبر عليها وهو لابن الحاجب، وفيها قول ثالث ابن عرفة: وفي ثيوبة الزنا. ثالثها: إن تكرر ثم شبه في الخلاف المذكور فقال:

٣٦٩ـ كَـوَاقِـعٍ قَـبْـلَ الـبُـلُـوغِ الْـوَارِدِ وكـالـصَّـحِـيـحِ مَـا بِـعَـقْـدٍ فَـاسِـدِ

(كواقع) نعت لمحذوف مع تقدير مضاف إليه مع صفته، والوارد بمعنى الحادث أي الذي من شأنه أن يحدث ويرد أي وثيوبة بالحرام جرى فيها خلاف كجريانه في ثيوبة نكاح صحيح واقعة (قبل البلوغ الوارد) أي الذي من شأنه أن يرد ويحصل بحيض أو غيره من العلامات، ثم يموت الزوج أو يطلق بعد تلك الثيوبة فترجع للأب قبل البلوغ. وظاهره سواء أراد أن يزوجها قبل البلوغ أيضاً أو بعده. ابن عرفة: وفي جبر مطلقة قبل البلوغ ثيباً. ثالثها: قبله لسحنون وأبي تمام واللخمي مع أشهب، واعتمد (خ) الثالث فقال: والثيب إن صغرت فمفهوم صغرت أنها إن بلغت لا يجبرها، ولا بد من إعرابها وهو كذلك على الراجح، وقيل: يجبرها أيضاً وهو الأول في كلام ابن عرفة: فإطلاق الناظم شامل للصورتين أي أراد تزويجها قبل البلوغ أو بعده كما قررنا وليس لغير من الأولياء أن يزوجها إلا بعد بلوغها كما مرّ إلا أن يخشى فسادها فلا بد من نطقها حينئذ كما مرّ أيضاً، وإنما ذكر الوصف في قوله: كواقع لأن الثيوبة معنى لا فرج لها حقيقي فيجوز التذكير والتأنيث، وإنما حملناه على الثيوبة بالنكاح الصحيح لأن الثيوبة بالعارض أو بالحرام تقدمتا وبالفاسد هو ما أشار لها بقوله: (وكالصحيح) خبر مقدم (ما) مبتدأ واقعة على الثيوبة (بعقد) يتعلق بمحذوف صلة (فاسد) نعت لعقد أي الثيوبة التي ثبتت بعقد نكاح فاسد كالثيوبة بالنكاح الصحيح في كونها تعرب عن نفسها وفي سقوط الجبر عنها. واعلم أن مقصود الناظم بهذين البيتين التنبيه على أن الثيب بشيء مما مر هل هي كالثيب في وجوب إعرابها عن نفسها أو هي كالبكر لأن سياق الكلام إنما هو في ذلك فالبيتان حينئذ في قوة الاستثناء من عموم قوله: وتأذن الثيب بالإفصاح الخ. أي اتفاقاً إلا التي ثيبت بعارض فهي كالبكر وإلاّ التي ثيبت بحرام أو قبل البلوغ ففيهما خلاف. وقد علمت الراجح ما هو من ذلك الخلاف كما أن قوله: واستنطقت لزائد الخ. في قوة الاستثناء من قوله: والصمت إذن البكر الخ. وليس مراده أن التي ثيبت بما ذكره هل تجبر أو لا تجبر كما قرره به شراحه لأنه خلاف ما يعطيه السياق ولأنه مستغنى عنه حينئذ بمفهوم قوله: فيما مر ثيوبة النكاح الخ. كما مرّ ولأنه لو كان غرضه ذلك لقدمها هناك عقب قوله وبالغ الأبكار فتأمل ذلك والله أعلم.

وأشهب: يجبرها إن كان زوجها قبل ثانياً قبل البلوغ، ولا يجبرها بعده لأنها صات ثيباً وفي (خ): والثيب إن صغرت فإن حصلت الثيوبة بنكاح فاسد ثم فسخ أو طلق الزوج أو مات لم تزوج إلا برضاها كما إذا ثيبت بنكاح صحيح كما قال:

(وكالصحيح) خبر مقدم (ما بعقد فاسد) لأنه يدرأ به الحد ويلحق فيه الولد وتلزم فيه العدة

٣٧٠ـ وإنْ يُرَشِّدْهَا الوَصِيُّ مَا أُبِي فِيهَا وِلايَةُ النِّكَاحِ كَالأَبِ

(**وأن يرشدها**) شرط (**الوصي**) فاعل (**ما**) نافية (**أبي**) بضم الهمزة للبناء للمفعول بمعنى منع (**فيها**) يتعلق به (**ولاية**) نائب الفاعل (**النكاح**) مضاف إليه (**كالأب**) خبر لمبتدأ محذوف أي وهو كالأب، ويحتمل أن الكاف للتعليل أي لأنه بمنزلة الأب يرشد ابنته فلا تسقط ولايته عنها، وإنما يسقط عنها جبره كما مرّ، والجملة من قوله: ما أبي الخ. جواب الشرط حذفت معه الفاء شذوذاً كقوله: من يفعل الحسنات الله يشكرها. وقوله ﷺ، وشرف وكرم: «فإن جاء صاحبها وإلا استمتع بها» والمعنى أن الوصي إذا رشد محجورته بعد الدخول بها لا قبله إذ ليس له ذلك كما قال (خ): وللأب ترشيدها قبل دخولها كالوصي بعده الخ. أنها إذا تأيمت بعد الترشيد لا تنقطع ولاية الوصي عنها وهو مقدم على سائر الأولياء لأنه بمنزلة الأب يرشد ابنته، فكما أن الأب لا تنقطع ولايته عن مرشدته فكذلك وصيه، اللهم إلا أن يكون لها ابن فإنه يتقدم عليه كما يتقدم على الأب أيضاً كما مر. هذا هو المنصوص لابن القاسم وأشهب، وأفتى به ابن رشد. وذهب سحنون وابن الماجشون إلى أن الولي أحق من الوصي واختاره اللخمي، ولكل مذهب حجة. انظر الشارح وسيعيد الناظم هذه المسألة في باب الحجر حيث قال:

وحيث رشد الوصي من حجر ولاية النكاح تبقى بالنظر

والله أعلم وأحكم.

كالحلال قال (ح): والثيب إن صغرت أو بعارض أو بحرام لا بفاسد (**وأن يرشدها**) وأطلق يدها على التصرف في مالها يعني الثيب لا البكر (**الوصي**) عليها بعد دخولها لا قبله إذ ليس له ذلك (خ) وللأب ترشيدها قبل دخولها كالوصي بعده (**ما أبي**) منع (**فيها ولاية النكاح**) بل هي باقية له عليها (**كالأب**) يرشد ابنته لا ينقطع نظره عليها في الولاية. اللهم إلا أن يكون هناك من الأولياء من يتقدم على الأب بحكم الشرع وهو الابن فيقدم على الوصي أيضاً بخلافه قبل ترشيدها فإنه مقدم على ابنها كما يقدم عليه الأب إذا جدد عليها الحجر في وقت يجوز له ذلك كما تقدم، قال في الطرر: وانظر إذا رشد الولي محجورته هل تسقط بذلك ولايته عنها في النكاح. قال ابن رشد: لا أذكر في ذلك نص رواية، والذي يوجبه النظر أنها لا تسقط إلا إذا كانت تسقط به ولاية الأب عنها والأب لو رشدها لم تسقط ولايته عنها، فكذلك هو اهـ. قال الشارح: العجب من ابن رشد يقول: لا أذكر نص رواية، وقد نقل المتيطي عن سماع أصبغ عن ابن القاسم وأشهب قيل لأشهب: من أولى بنكاح الثيب الوصي أو الولي إن كانت الثيب قد خرجت من الولاية؟ فقال: الوصي وإن كانت كذلك فهو وليها وأولى بنكاحها وهو فيها بمنزلة الأب لو كان حياً وكانت قد خرجت من ولايته. قال أصبغ: صواب حسن وهي جيدة من غرر المسائل، وعن سحنون وابن الماجشون خلافه اهـ باختصار.

فصل

في حكم فاسد النكاح وما يتعلق به من إلحاق الولد تارة ونفيه أخرى، وهل يفسخ أو يتلافى إلى غير ذلك.

٣٧١ـ وَفَاسِدُ النِّكَاحِ مَهْمَا وَقَعَا فَالفَسْخُ فِيهِ أو تَلاَفٍ شُرِعَا

(وفاسد النكاح) مبتدأ ومضاف إليه من إضافة الصفة للموصوف **(مهما)** اسم شرط **(وقعا)** فعل الشرط وألفه للإطلاق **(فالفسخ)** مبتدأ وفاؤه رابطة بين الشرط وجوابه **(فيه)** يتعلق بشرعاً آخر البيت **(أو تلاف)** معطوف على الفسخ **(شرعاً)** بالبناء للمفعول خبر عن الفسخ وألفه للتثنية، والجملة جواب الشرط، والجملة من الشرط والجواب خبر المبتدأ الأول، ومعناه أن النكاح إذا وقع فاسداً فإنه يرجع فيه إلى أحد أمرين، إما الفسخ أو التلافي وهو التدارك ثم بين محل كل منهما فقال:

٣٧٢ـ فَمَا فَسَادُهُ يَخُصُّ عَقْدَهُ فَفَسْخُهُ قَبْلَ البِنَا وَبَعْدَهُ

(فما) موصول مبتدأ والفاء جواب شرط مقدر أي إن أردت معرفة ما يفسخ أو يتلافى فما **(فساده)** مبتدأ ثان **(يخص)** بالبناء للفاعل وفاعله ضمير الفساد **(عقده)** مفعول بيخص والجملة خبر المبتدأ الثاني والجملة من المبتدأ الثاني وخبره صلة ما والضمير في فساده وعقده يعود على النكاح **(ففسخه)** مبتدأ **(قبل البنا)**ء خبره **(وبعده)** معطوف عليه، والجملة من هذا المبتدأ وخبره خبر الموصول الذي هو ما ودخلت الفاء في هذا الخبر لشبه الموصول بالشرط في العموم الإبهام، والمعنى أن النكاح إذا وقع فاسداً لعقده كالنكاح لأجل ونكاح الخامسة أو ذات محرم بنسب أو

فصل في حكم فاسد النكاح
وما يتعلق به من لحاق الولد تارة ونفيه أخرى

(وفاسد النكاح مهما وقعا) فلا بد فيه من أحد أمرين: إما الفسخ أو الإمضاء على وجه خاص كما قال: **(فالفسخ فيه أو تلاف شرعا)** ثم بين محل كل فقال **(فما فساده يخص عقده)** كالنكاح لأجل وكتزويج الرجل عبده من امرأة على أن العبد صداقها **(ففسخه قبل البنا وبعده)** ثم إن فسخ قبله فلا شيء عليه، وإن فسخ بعده فعليه المسمى على المختار وتملك المرأة العبد وما كان منه متفقاً عليه فسخ بلا طلاق، ولا يحتاج لحكم لأنه مفسوخ شرعاً وسيقول المصنف:

وفسخ فاسد لا وفاق بطلقة تعد في الطلاق
ومن يمت قبل وقوع النسخ في ذا فما لإرثه من نسخ
وفسخ ما الفساد فيه مجمع عليه من غير طلاق يقع

قال (خ) وهو طلاق إن اختلف فيه كمحرم وإنكاح العبد والمرأة والتحريم بعقده ووطئه وفيه الإرث إلا نكاح المريض لا إن اتفق على فساده فلا طلاق ولا إرث كخامسة وحرم وطؤه فقط، وما فسخ بعده فالمسمى يعني إن كان وضح وإلاَّ فصداق المثل وسقط بالفسخ قبله، ومهر المثل ما يرغب به مثله فيها باعتبار دين وجمال وحسب ومال وبلد، ويعتبر ذلك في الفاسد يوم الوطء.

رضاع أو صهر وإنكاح المحرم والعبد والمرأة وصريح الشغار وإنكاح غير المجبر مع وجود المجبر ونكاح المريض وتزويج الرجل عبده من امرأة على أن العبد هو صداقها ونحو ذلك، فإنه يفسخ قبل البناء وبعده، ثم إذا فسخ قبل البناء فلا شيء فيه، وإن فسخ بعد البناء ففيه المسمى إن كان وإلاَّ فصداق المثل ثم ما كان متفقاً على فساده من ذلك كنكاح الخامسة، وذات محرم يفسخ بلا طلاق كما سيشير له قبل باب النفقات بقوله:

وفسخ ما الفساد فيه مجمع عليه من غير طلاق يقع

ويفهم منه أنه لا يحتاج لحكم وهو كذلك لأنه مفسوخ شرعاً، ولذا لو عقد عليها شخص قبل الفسخ صح نكاحه لأن العقد الأول كالعدم ولا يمضي فيه الخلع وإن وقع، وما كان من ذلك مختلفاً فيه اختلافاً قوياً ولو خارج المذهب كإنكاح المحرم والشغار وإنكاح العبد والمرأة فالفسخ بطلاق كما سيشير له الناظم أيضاً بقوله:

وفسخ فاسد بلا وفاق بطلقة تعد في الطلاق
ومن يمت قبل وقوع الفسخ في ذا فما لإرثه من نسخ

الخ.

ويمضي فيه الخلع إن وقع، وأشار (خ) لهذا التقسيم بقوله: وفسخ مطلقاً أي قبل الدخول وبعده كالنكاح لأجل أو إن مضى شهر فأنا أتزوجك الخ. أي: وقصدا بذلك انبرام العقد ولم يأتنفا غيره، ثم قال: وهو طلاق إن اختلف فيه كمحرم وشغار والتحريم بعقده ووطئه وفيه الإرث إلاَّ نكاح المريض لا إن اتفق على فساده فلا طلاق ولا إرث كخامسة وحرم وطؤه فقط وما فسخ بعده فالمسمى وإلا فصداق المثل الخ. وظاهر النظم أن كل فاسد لعقده يجري فيه الحكم المذكور لأن ما مر من قوله فما فساده الخ. من ألفاظ العموم وليس كذلك لأن من الفاسد لعقده ما يثبت بعد بمهر المثل كما يأتي في البيت بعده.

تنبيهان. الأول: إذا علمت المرأة بموجب الفسخ كمحرم ومعتدة تزوجت في عدتها عالمة كل منهما بالحرمة والزوج غير عالم بذلك، فللزوج الرجوع بالصداق وإن لم يعثر على ذلك حتى دخل انظر (ز) في خيار الزوجين و(ح) في التدليس بالعيوب في المبيع.

الثاني: قول (خ) إن مضى شهر فأنا أتزوجك الخ. هو من تعليق النكاح والتعليق فيه لا يصح ولذا قال القائل:

لا يقبل التعليق بيع ونكاح فلا يصح بعت ذا إن جاء فلاح

وفي الشامل ما نصه مالك: وإن قال إن جئتني بخمسين فقد زوجتك ابنتي لا يعجبني ولا تزوج له اهـ. وكذا إن قال: إن عبرت الوادي أو صعدت على قنة الجبل فقد أعطيتك ابنتي فإنه لا يصح أيضاً بالأحرى مما قبله إذ لا منفعة للقائل في عبر الوادي ولا في صعود الجبل فإن قال له: إن فارقت امرأتك فقد زوجتك ابنتي فإنه يجوز وينعقد بنفس الفراق فإن قال: فأنا أزوجك بالمضارع فلا يجبر على تزويجها منه قال في الشامل: والقياس جبره لأنه وعد أدخله بسببه في فراق زوجته كما لو قال: بع فرسك منه والثمن علي اهـ. ولما نقل في الالتزامات قول أشهب بعدم الجبر قال: وهو مبني على أن العدة لا يقضي بها ولو كانت على سبب ودخل في

السبب، والثاني مبني على أنه يقضي بها إن كانت على سبب ودخل فيه أي: وهو المشهور وفي أنكحة المعيار من قال لغيره: طلق امرأتك وأزوجك ابنتي فطلقها فأبى من تزويجها إياه أن يلزمه أحد أمرين: إما التزويج أو إعطاء الصداق وأعادها أيضاً في نوازل الطلاق، وانظر الأنكحة من القلشاني وفي الالتزامات بعد ما مر بأوراق في رجل أراد السفر إلى الحج مع أمه فقال له عمه: اترك السفر مع أمك وأزوجك ابنتي وأعطيك عشرة مثاقيل فترك السفر مع أمه، ثم قام بعد أشهر يطلب العدة فقال ابن الحاج: إنه يحكم على عمه بدفع العشرة مثاقيل وينكحه ابنته إلا أن يكون قد عقد نكاحها مع أحد فلا يحل النكاح، وذلك لأنها عدة قارنها سبب، وبذلك أفتى ابن رشد أيضاً اهـ. فقال (ح) عقبه ففهم منه أن من التزم لشخص أن يزوجه مجبورته فإنه يقضي عليه به إلا أن يعقد نكاحها لغيره فإنه لا يفسخ اهـ.

قلت: وتأمل هذا مع ما في أجوبته للقوري نحو الكراسين في رجل قال لآخر: إن أتيتني بكذا من موضع كذا، والموضع مخوف أعطيتك ابنتي أن النكاح غير لازم، واستدل له بما في العتبية فيمن وقع له صبي في جب فقال لرجل: إن أخرجته فقد زوجتك ابني فأخرجه فقال ابن القاسم: إن ذلك لا يجوز ولا يكون فيه النكاح، وأرى له أجرة مثله في إخراجه إياه حياً أو ميتاً اهـ. فهذا قد عبر بالماضي وأدخله في السبب، ومع ذلك لم يلزمه إياه فهو معارض بحسب الظاهر لمسألة إن فارقت امرأتك فقد زوجتك ابنتي، وقد تقدم الجزم فيها باللزوم بنفس الفراق، وقد علمت أنه لا عدة فيهما لتخبيره بالماضي فيهما، وفي أنكحة المعيار أن من قال: من ركب فرسي فهي بابنته لا يلزمه نكاح وأخذت من قوله: إن جاء غداً فقد راجعتك فلا تكون رجعة، وانظر أنكحة العلمي فيمن قال: إن وُلد لك ولد فله ابنتي، وانظر إذا قلنا بلزوم النكاح في ذلك ما قدر الصداق، والظاهر أنه كنكاح التفويض إن فرض المثل لزمه وإلاَّ فلا، وانظر ما يأتي عند قوله: ويفسد النكاح بالإمتاع الخ.

٣٧٣ـ وما فَسادُهُ مِنَ الصَّداقِ فَهْوَ بِمَهْرِ المِثْلِ بَعْدُ باقِي

(وما) موصول مبتدأ **(فساده)** مبتدأ ثان **(من الصداق)** خبر عن الثاني، والجملة صلة ما **(فهو)** مبتدأ **(بمهر المثل بعد)** يتعلقان بالخبر الذي هو **(باق)**. والجملة من هذا المبتدأ وخبره خبر الموصول والمعنى أن النكاح الفاسد لصداقه كما لو أصدقها خمراً أو خنزيراً أو حراً أو عبداً آبقاً أو بعيراً شارداً أو جلد ميتة أو زيتاً متنجساً، ونحو ذلك مما لا يصح بيعه فإنه يفسخ قبله وجوباً ويثبت بعده بمهر المثل لأن الصداق كالثمن فما صح كونه ثمناً صح كونه صداقاً، وما لا فلا (خ): الصداق كالثمن ثم قال: وفسد إن نقص عن ربع دينار أو ثلاثة دراهم إلى أن قال: أو بما لا يملك كخمر وحر أو بإسقاطه أو كقصاص أو آبق الخ. وقوله: أو كقصاص يعني لم يجعلا شيئاً في مقابلة البضع إلا سقوط القصاص عنها أو عن غيرها. ثم إنه يلحق بما فسد لصداقه في

(وما) أي والنكاح الذي **(فساده من الصداق)** كان أصدقها خمراً أو حراً أو عبداً آبقاً ولم يعثر على ذلك حتى دخل **(فهو بمهر المثل بعد)** أي بعد الدخول **(باق)** خبر عن قوله فهو **(وحيث درء الحد)** أي دفعه عن الواطىء موجود **(يلحق الولد)** بالواطىء **(في كل ما من النكاح)** متعلق بقوله:

كونه يثبت بعد بصداق المثل أمور فاسدة لعقدها أشار لها (خ) بقوله وقبل الدخول وجوباً على أن لا يأتيه إلا نهاراً أو بخيار لأحدهما أو غير أو على إن لم يأت بالصداق لكذا فلا نكاح وما فسد لصداقه أو على شرط يناقض المقصود كان لا يقسم لها الخ. وفهم من قوله بعد: إنه يفسخ قبله ولا شيء فيه، وكذا إن مات أحدهما قبل الفسخ كما لابن رشد في أجوبته.

تنبيهان. الأول: ذكر البرزلي عن أبي عمران أن من الفاسد لصداقه كما بالقيروان من جرت عادتهم برد النقد للزوج بعد الغيبة عليه لأنه نكاح وسلف لأن العادة كالشرط فيفسخ قبل، ويثبت بعد بصداق المثل كأن اشترط الرد ولم يغب عليه كان النكاح صحيحاً. البرزلي: هذا إن كانت عادة لا تتخلف أو وقع الشرط فالحكم ما ذكر، وأما لو كانت تتخلف وفي الناس من يرد ومن لا يرد فيجوز الرد قبل الغيبة وبعدها إذ ليس بشرط لاختلاف العادة اهـ. وانظر ما يأتي في فصل الفسخ.

الثاني: قول (خ) أو بما لا يملك كخمر الخ. هذا إذا لم يتبين أنه خل، أما لو نكحها على قلة خمر مطينة فتبين أنها خل فلا يتحتم الفسخ بل لهما البقاء عليه إن رضياه كما لو نكحها على أنها في العدة فظهر كونها في غيرها، ولمن شاء منهما فسخه لحجته بظهور خلاف المعقود فيه، ولا حجة لها في العدة لأنها حق لله تعالى قاله ابن عرفة عن اللخمي.

(قد فسد) بيان لما. والجملة صلتها أي في كل ما فسد من النكاح كان متفقاً على فساده كالمحرم، والخامسة غير عالم فيهما أو كان مختلفاً فيه كالمحرم والشغار ومفهومه أنه حيث يحد ولا يدرأ عنه الحد شبهته في الوطء لا يلحق به الولد وهو كذلك قالوا إلا في خمس مسائل من أقرانه، طلق زوجته ثلاثاً ثم تزوجها قبل زوج أو وطئها في العدة بغير عقد وهو عالم بحرمة ذلك فإنه يحد. ويلحق به الولد. ومن أقرانه تزوج خامسة محرماً بصهر مؤبد كأم زوجته مطلقاً أو بنت زوجته التي دخل بها، ومن اشترى أمة وأقر أنه يعلم حريتها وأحبلها، ومن اشترى أمة يحرم عليه وطؤها سواء كانت تعتق عليه بالملك كالأخت أو بالحمل كبنت أخ قاله في التوضيح في باب الزنا فتخصيص (م) له بمن تعتق بالملك غير صواب، وإلى المسائل الخمس أشار الزقاق في منهجه بقوله:

ونسب والحد لن يجتمعا ... إلا بزوجات ثلاث فاسمعا
مبتوتة خامسة ومحرم ... وأمتين حرتين فاعلم

اهـ. ومعنى كونهما حرتين الأولى باعتبار ما في نفس الأمر والثانية باعتبار المآل. وقال الزرقاني في باب الزنا: واعلم أنه يجتمع الحد ولحوق النسب في مسائل منها قوله أو مملوكة تعتق أو يعلم حريتها أو محرمة بصهر مؤبد أو خامسة. وقوله: أو مبتوتة حيث ثبت ذلك بإقراره فيحد لإقراره بالزنا، ويلحق به الولد لاتهامه على أن إقراره لقطع نسبه، وأما إن ثبت ذلك ببينة فيحد ولا يلحق به الولد. قال: ولا يقتصر على هذه الخمس بل ضابطه كل حد يثبت بالإقرار ويسقط برجوعه عنه، فالنسب ثابت وكل حد لا يسقط بالرجوع عنه فالنسب غير ثابت مع الحد اهـ. وقد عدها الحطاب في آخر الاستحقاق ثمانياً فزاد من استولد أمة ثم أقرَّ أنه غصبها أو طالبه البائع بثمنها فأنكر البيع وقال: إنما كانت عندي وديعة أو اشترى أمتين بالخيار، ثم أقر أنه وطىء إحداهما بعد أن اختار الأخرى فلو زاد الزقاق:

٣٧٤ـ وَحَيْثُ دَرْءُ الحَدِّ يَلْحَقُ الوَلَدْ ... فِي كُلِّ مَا مِنَ النِّكَاحِ قَدْ فَسَدْ

(وحيث) ظرف مضمن معنى الشرط منصوب بجوابه **(درء الحد)** مبتدأ ومضاف إليه والخبر محذوف، والجملة في محل جر بإضافة حيث **(يلحق الولد)** فعل وفاعل، والجملة مع متعلقها الآتي جواب الشرط **(في كل)** يتعلق بيلحق **(ما)** مضاف إليه **(من النكاح)** يتعلق بصلة ما التي هي **(قد فسد)** أي يلحق الولد في كل نكاح فاسد حيث درء الحد موجود، والمعنى أن النكاح الفاسد كان متفقاً على فساده كنكاح ذات محرم أو خامسة أو مختلفاً في فساده كالمحرم، والشغار إن درىء فيه الحد عن الزوج بعد علمه في الأوليين ومطلقاً في الأخيرتين لأن الخلاف ولو خارج المذهب يدرأ الحد، فإنه يلحق فيه الولد، ومفهومه أنه إن لم يدرأ فيه الحد لا يلحق الولد به لأنه محض زنا. قالوا إلا في ست مسائل. أشار صاحب المنهج إلى خمس منها بقوله:

ونسب والحد لن يجتمعا ... إلا بزوجات ثلاث فاسمعا

مبتوتة خامسة ومحرم ... وأمتين حرتين فاعلم

فصورة المبتوتة أن يتزوج الرجل المرأة فتلد منه فيقر أنه كان طلقها ثلاثاً، وراجعها قبل زوج وهو عالم بحرمة ذلك، وصورة الخامسة، أن يتزوج الرجل المرأة فيولدها ثم يقر أن له أربع نسوة سواها وأنه تزوجها وهو يعلم حرمة الخامسة وصورة المحرم أن يتزوج امرأة فيولدها ثم يقر إنه كان يعلم حرمتها عليه قبل الوطء بالنسب أو الرضاع أو الصهر أو المؤبد، وصورة إحدى الأمتين أن يشتري الرجل الأمة فيولدها ثم يقر إنها ممن تعتق عليه بالملك، وصورة الأخرى أن يشتري أمة فيولدها ثم يقر بأنه كان عالماً بحريتها حين الوطء وإلى هذه الخمس أشار (خ) بقوله في باب الزنا: أو مملوكة تعتق أو يعلم حريتها أو محرمة بصهر أو خامسة أو مبتوتة الخ. قالوا: ولا يقتصر على هذه الخمسة بل ضابطه كل حد يثبت بالإقرار ويسقط برجوعه عنه فالنسب ثابت كالأمثلة المذكورة، وقد زيد على المسائل المذكورة من كانت عنده أمة فأولدها ثم أقر إنه غصبها من الغير، ومن اشترى جاريتين بالخيار في إحداهما ثم أقر إنه وطىء إحداهما بعد أن اختار الأخرى، ومن اشترى جارية فوطئها فقال له ربها: ادفع لي ثمنها فأنكر الشراء وقال: إنها عندي وديعة فهذه ثلاث مضمومة للخمس المتقدمة.

تنبيه: محل اللحوق فيما ذكر إذا لم يثبت علمه بالتحريم قبل نكاحه لها أو وطئه إياها وإلا بأن ثبت ببينة على إقراره أنه عالم به قبل ذلك فهو محض زنا لا يلحق به الولد لأن الولد إنما ألحق به فيما ذكر لكون إقراره بالعلم بالتحريم لا يعمل بالنسبة لنفي الولد لاتهامه على قطع نسبه، وإنما يعمل بالنسبة لحده إن لم يرجع عن إقراره بخلافه إذا ثبت علمه قبل الوطء أو النكاح.

٣٧٥ـ وَلِلَّتِي كَانَ بِهَا اسْتِمْتَاعُ ... صَدَاقُهَا لَيْسَ لَهُ امْتِنَاعُ

وأمة الخيار والغصب أقبلا ... ومدع إيداع من قد أحبلا

(ولل)ـمرأة الـ**(ـتي كان بها استمتاع)** أي دخل بها في النكاح الفاسد الذي لم يفسخ قبل البناء وبعده **(صداقها)** كاملاً **(ليس له)** أي ليس للزوج **(امتناع)** منه، وتقدم تفصيل ذلك وتعاض المتلذذ

(وللتي) موصول **(كان بها)** خبر كان **(استمتاع)** اسمها. والجملة من كان وما بعدها صلة والرابط المجرور بالباء **(صداقها)** مبتدأ واجب التأخير لتلبسه بضمير الخبر الذي هو الموصول المتقدم، والجملة من قوله **(ليس لها امتناع)** في محل رفع خبر ثان أو في محل نصب حال من الضمير في الخبر، والمعنى أن للزوجة التي دخل بها زوجها في النكاح الفاسد الذي يفسخ ولو بعد الدخول صداقها كاملاً لتقرره بالوطء وإن حرم كما مرّ في قول (خ) وما فسخ بعده فالمسمى الخ فقول الناظم: استمتاع أي بالوطء بدليل قوله: صداقها، ومفهومه أنه إذ لم يقع استمتاع بالوطء بل بما دونه من المقدمات أنه لا يكون لها تمام الصداق وهو كذلك، ولكن تعوض باجتهاد الحاكم (خ) وتعاوض التلذذ بها أي وجوباً كأن يفسخ قبل أو بعد.

٣٧٦ـ والعَقْدُ لِلنِّكَاحِ في السِّرِّ اجْتُنِبْ ... ولَوْ بالاسْتِكْتَامِ والفَسْخُ يَجِبْ

(والعقد) مبتدأ **(للنكاح)** يتعلق به وكذا قوله **(في السر)** وجملة **(اجتنب)** بالبناء للمفعول خبر المبتدأ **(ولو)** شرطية إغيائية **(بالاستكتام)** يتعلق بمقدر أي: ولو كان السر بالاستكتام وجواب لو محذوف للدلالة عليه، هذا والظاهر أن الواو للحال إذ ليس هناك صورة يوجد فيها نكاح سر بدون استكتام **(والفسخ)** مبتدأ خبره **(يجب)** المشهور كما لابن عرفة أن نكاح السر هو ما أمر الشهود حين العقد بكتمه ولو كان الشهود ملء الجامع اهـ. ولا مفهوم للشهود بل كذلك استكتام غيرهم لقول الباجي إن اتفق الزوجان والولي على كتمه ولم يعلموا البينة بذلك فهو نكاح سر، وعليه فقول الناظم بالاستكتام أي بالاستكتام للشهود أو لغيرهم فقد حذف المتعلق للعموم، وظاهره كان الاستكتام قبل العقد أو فيه أو بعده، لكن صرح في ضيح بأن الاستكتام بعد العقد غير مضر ويؤمرون بإفشائه اهـ. وظاهره أيضاً كان للزوج دخل في الاستكتام المذكور أم لا. وليس كذلك بل لا بد أن يكون له دخل فيه كما في شراح المتن وظاهر قوله: والفسخ يجب الخ، أنه يفسخ ولو دخل وطال وقيده (خ) مما إذا لم يدخل ويطل فقال: وفسخ موصي وإن يكتم شهود من امرأة أو منزل أو أيام إن لم يدخل ويطل الخ.

٣٧٧ـ والبُضْعُ بالبُضْعِ هُوَ الشِّغَارُ ... وعَقْدُهُ لَيْسَ لَهُ قَرَارُ

(والبضع) مبتدأ **(بالبضع)** يتعلق بمقدر صفة أي الكائن بالبضع والباء فيه للتعويض أي

بها **(والعقد للنكاح في السر اجتنب ولو بالاستكتام)** ابن عرفة: نكاح السر باطل، والمشهور أنه ما أقر الشهود حين العقد بكتمه، ولو كان الشهود ملء الجامع. وعبارة التوضيح المشهور مذهب المدونة أن نكاح السر هو المتواصي بكتمه، وإن كانوا مائة شاهد قال: وإنما يفسد على المشهور إذا أوصى بالكتمان قبل. وأما لو أمر الشهود بالكتمان بعد العقد، فإنه صحيح ويؤمرون بإفشائه اهـ. **(والفسخ يجب)** فيه وظاهره: وإن طال وصرح به ابن الحاجب قائلاً على المشهور، وتعقبه في التوضيح بأنه لا يعرف لغيره، والذي في البيان أنه يفسخ إلا أن يطول بعد البناء قال: وهكذا نقل ابن حبيب عن مالك اهـ. ولذا قال (خ): وفسخ موصي وإن بكتم شهود من امرأة أو منزل أو أيام إن لم يدخل ويطل وعوقبا والشهود.

(والبضع بالبضع) كأن يقول: زوجني ابنتك على أن أزوجك ابنتي من غير ذكر صداق أصلاً

الفرج عوض الفرج (**هو**) مبدأ ثان (**الشغار**) خبر عن الثاني وهو على حذف مضاف أي هو صريح الشغار بدليل قوله: البضع بالبضع أي هو المسمى بما ذكر، والجملة من الثاني وخبره خبر الأول من قولهم شغر الكلب برجله إذا رفعها ليبول أو من قولهم بلدة شاغرة أي خالية من أهلها سمي به هذا النكاح لخلوه من الصداق لأنهما جعلا بضع كل منهما صداق الأخرى فيقول له مثلاً: زوجني أختك أو بنتك على أن أزوجك أختي أو ابنتي أو أمي (**وعقده**) مبتدأ والجملة من قوله: (**ليس له قرار**) خبره أي فيفسخ قبل البناء وبعده، وظاهره ولو طال وولدت الأولاد قال: وهو كذلك ولمن وقع الدخول بها منهما صداق المثل، وفهم منه أنه إذا لم يكن بضعاً ببضع بل بالمسمى لكل منهما كزوجني أختك بمائة على أن أزوجك أختي بخمسين أو بمائة لا يكون حكمه الفسخ أبداً وهو كذلك بل يفسخ قبله ويثبت بعده بالأكثر من المسمى وصداق المثل معجلاً، ويسمى هذا وجه الشغار، وكذا لو سمي لإحداهما دون الأخرى كقوله: زوجني أختك بمائة على أن أزوجك أختي بلا مهر فيثبت في المسمى لها بعد الدخول بالأكثر ويفسخ في التي لم يسم لها أبداً، وهذه الصورة مركبة من الصريح والوجه يفهم حكمها من المسألتين قبله وبما قررنا يعلم أنه لا إجمال في النظم وأنه إنما تكلم على الصريح كلاً أو بعضاً وغيره لم يتعرض له.

٣٧٨ـ وَأَجَلُ الكَالِىءِ مَهْمَا أُغْفِلاَ قَبْلَ الْبِنَاءِ الفَسْخُ فِيهِ أُعْمِلاَ

(**وأجل الكالىء**) مبتدأ ومضاف إليه (**مهما**) اسم شرط (**أغفلا**) بالبناء للمفعول فعل الشرط (**قبل البناء**) يتعلق بأعملا آخر البيت (**الفسخ**) مبتدأ (**فيه**) يتعلق بالخبر الذي هو (**أعملا**) والجملة جواب الشرط وحذف منها الفاء ضرورة على حد قوله: من يفعل الحسنات الله يشكرها. والجملة من الشرط والجواب خبر المبتدأ الأول. ثم اعلم أن الكالىء هو المؤخر كان كل الصداق أو بعضه وقوله: أغفلا يحتمل أن يكون معناه ترك، ويحتمل أن يكون معناه

بأن جعلا بضع كل منهما صداق الأخرى (**هو الشغار**) قال في المقدمات من قولهم بلدة شاغرة أي خالية من أهلها، وقيل من قولهم شغر الكلب برجله إذا رفعه ليبول ويسمى هذا صريح الشغار. (**وعقده ليس له قرار**) فيفسخ قبل البناء وبعده ولها صداق المثل فإن قال: زوجني أختك بمائة على أن أزوجك أختي بمائة فهو وجه الشغار. وحكمه أنه يفسخ قبل البناء ويثبت بعده ولها أي: لكل من دخل بها منهما أو من إحداهما الأكثر من المسمى وصداق المثل فإن سمي لأحداهما دون الأخرى فلكل واحدة حكمها ويسمى بالمركب فقوله: ليس له قرار إجمال. (**وأجل الكالىء**) المؤخر من الصداق (**مهما أغفلا**) أي ترك التعرض له كأن تزوجها بمائة ستين نقداً وأربعين كالئاً ولم يذكر له أجلاً (**قبل البناء الفسخ فيه**) مبتدأ وقوله: (**اعملا**) خبره. وقبل البناء متعلق بالفسخ، ويجوز أن يكون الفسخ بالنصب مفعولاً مقدماً بأعملا مبنياً للفاعل، وفيه متعلق به أو بالفسخ. قال في التوضيح: اختلف إذا لم يؤرخ أجل الكالىء فقال المتيطي: المشهور من مذهب مالك وأصحابه وعليه الأمر والحكم أنه يفسخ قبل البناء ويثبت بعده بصداق المثل. وقال ابن وهب: لا يفسخ قبل البناء ويعجل المؤخر لموت أو فراق وهو قول الليث، وقال أصبغ: يخير الزوج فإن عجله أو رضيت الزوجة بإسقاطه صح النكاح وإلا فسخ اهـ.

أبهم وهو أنصع لأنه يشمل ما إذا لم يتعرض لتحديد أجله أصلاً وما إذا تعرض لتحديده لكن بوقت لا ينضبط كيوم قدوم زيد مثلاً أو قالا إلى أجل ولم يقيداه بقدوم زيد مثلاً ولا بغيره، وظاهره كان عدم التعرض لتحديده قصداً أو نسياناً وهو كذلك على المشهور المعمول به كما في المتيطية والفشتالية وغيرهما لأن النكاح كالبيع، وإذا فسخ فلا صداق، وأما الإرث فثابت لأنه من المختلف فيه كما مرّ، قال في المتيطية: وذكر ابن الهندي عن بعض أهل عصره أنه كان يفتي بعدم فسخه ويجعل له من الأجل نحو ما الناس عليه في أجل الكالىء فإن كان الأمر مختلفاً ضرب له أجلاً متوسطاً قال: يعني بعض أهل عصره ولم أره رواية إلا أن لقائله في ذلك حجة عندي واحتج بمسألة كتاب الخيار من المدونة فيمن باع سلعة على الخيار ولم يوقت للخيار وقتاً أن البيع جائز ويضرب له أجل الخيار في تلك السلعة، وقد شبه مالك رحمه الله النكاح بالبيع قال: والقول بفسخه قبل البناء هو نص الرواية، وعليه أدركت العمل بين الناس اهـ. وما ذكره ابن الهندي عن بعض أهل عصره نقل المتيطي أيضاً نحوه عن ابن ميسر قائلاً لأن أجل الكالىء متقرر في العرف عندهم فسكوتهما عنه يدل على أنهما دخلا على العرف والعرف سنة محكوم بها قال تعالى: ﴿خذ العفو وأمر بالعرف﴾ [الأعراف: ١٩٩] اهـ وهذا كله مقابل لنص الرواية وما عليه العمل كما رأيته. وقد جعل الفشتالي ما ذكره ابن الهندي مقابلاً، وكذا ابن عرفة جعله قولاً رابعاً مقابلاً للمشهور، وقد تقدم عن صاحب الفائق عند قوله: وأجل الكوالىء المعينة الخ. أنه صرح بمقابلته للمشهور، وبهذا تعلم أن ما اعتمده الشارح ومن تبعه من أن ترك التأجيل قصداً هو الموجب للفساد لا النسيان والغفلة لأنهما لا ينبني عليهما حكم لقوله عليه الصلاة والسلام: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان» الخ. مقابل للمشهور المعمول به على أن قوله لا ينبني عليهما حكم الخ. فيه نظر لأن الحديث في رفع الإثم وهما هنا لا يصدقان في أنهما نسيا أو غفلا في مثل هذا لاتهامهما على إسقاط حق الله تعالى في تعيين الأجل، وأيضاً إذا كانا يحملان على العرف في النسيان والغفلة فأحرى في القصد لأنهما في القصد تركا التعرض للأجل اتكالاً على العرف الجاري عندهم، وبالجملة فما قاله ابن ميسر وابن الهندي عن بعض أهل عصره جار في القصد وغيره كما هو ظاهر نقولهم وهو وإن كان قولاً قوياً في نفسه إذ أفتى به ابن رشد وابن الحاج وابن المكوي أيضاً كما في المعيار فهو مقابل كما رأيته.

تنبيهات. **الأول**: قال في المتيطية: سئل اللؤلؤي عن النكاح يغفل فيه عن ذكر الشرط وتاريخ الكالىء، فإذا كان كتب الصداق قال الناكح: لم أرد أن يكتب على شرط وطول في أجل الكالىء، وقال المنكح: إنما غفلنا عن ذلك للعرف الجاري في البلد بالشروط إذ لا يخرج عنها إلا الشاذ وللعرف الجاري في الكالىء بكونه إلى ثلاثة أعوام ولا يعدوه إلا للشاذ أيضاً فهل يحمل الزوج على العرف من ذلك أم لا؟ فأجاب لا يجبر الزوج على ذلك وهو بالخيار إن شاء وافقهم أو وافقوه وإلاَّ فله الانحلال اهـ. وقوله وهو بالخيار الخ. مقابل لما مر من لزوم فسخه في الكالىء نعم بالنسبة للشرط هو بالخيار قطعاً.

الثاني: قال في المتيطية أيضاً: وأما إن زوجه بمائة نقداً ومائة إلى بعد ابتنائه بسنة فكرهه ابن القاسم قال: وإن وقع لم أفسخه وذكر أن مالكاً أجازه واختلف في علة الجواز فقال ابن المواز: هو على الحلول إذ للزوجة أن تدعوه للدخول متى شاءت فإذا دعته فمن حينئذ تجب السنة وقيل: معناه إنه يحمل في ذلك على العرف فإذا كان للبناء عندهم وقت معروف حمل عليه ويؤخر بعد ذلك القدر سنة، ويدل لذلك قول مالك: لا يصح بيع التأخير إلا لأجل معلوم إلا ما كان من بيع الأسواق على التقاضي لأنهم قد عرفوا ذلك يقيم أحدهم قدر الشهر وقدر ما عرفوا ثم يتقاضاه مقطعاً الخ. وهذا التعليل الأخير يقوي ما تقدم عن ابن الهندي وابن ميسر، ثم هذا التنبيه داخل في كلام الناظم على الاحتمال الثاني، ويدخل فيه أيضاً إذا أجل بميسرة الزوج أو إلى أن تطلبه المرأة والحال أن الزوج معدم فيهما (ح) وإلى الدخول أو الميسرة إن كان ملياً الخ. وتقدم قول ناظم العمل عند قوله: وأجل الكوالىء المعينة الخ.

الثالث: مما يدخل في كلام الناظم أيضاً التزوج على أن ينفق على ابنها أو عبدها لأن النفقة من جملة الصداق ولا يدري ما إذا يعيش الولد. ابن عرفة: عن المتيطي التزام النفقة في العقد لغير أجل كمهر مجهول. قال ابن القاسم: إن بنى بها سقط الشرط ولها مهر مثلها وإلاَّ فسخ ولو طرحت شرطها. قال: وللزوج الرجوع عليها بها إلى حين فسخ النكاح أو تصحيحه بمهر المثل ثم قال ابن عرفة: وفي كونه أي التزام الإنفاق لأجل، كذلك قول ابن زرب وأبي بكر بن عبد الرحمن قائلاً: لو مات الولد رجعت بنفقته الخ. فظاهره ترجيح ما لابن زرب لتصديره به.

الرابع: محل كلام الناظم إذا اتفقا على عدم التعرض لذكر الأجل أصلاً أو أجلاه بوقت لا ينضبط كما مر أما إن اتفقا على تأجيله بوقت منضبط واختلفا في قدره فقال في الاستغناء: إن اختلف الزوج والولي في أجل الكالىء وقال الشهود نسيناه فإن كان أجل الكوالىء كلها متعارفاً عندهم وكان لقلة الكوالىء وكثرتها أجل جعل ذلك الكالىء إلى مثل ذلك الأجل، فإن لم يكن عندهم متعارف جعل أجله إلى أكثر ما تحمل عليه الكوالىء إلى مثل ذلك الأجل ويثبت النكاح. نقله ابن سلمون وتبعه (ح) مقتصراً عليه ولما نقله الشارح قال: ذلك واضح إذا ادعى أحدهما الأجل المتعارف، وادعى الآخر أقرب منه أو أبعد لأن مدعي العرف مشبه فإن ادعيا معاً غير المتعارف فإن القول للزوج لأنه غارم كما لابن زرقون ولا يردان إلى المتعارف حينئذ اهـ باختصار. ثم قال: فلو ادعى الزوج نفي الأجل في مثل صورة الاستغناء ففي نوازل ابن الحاج أنه إن شهدت بينة بأنه ضرب للكالىء أجل ونسوا قدره والزوج ينفي ضرب الأجل ووالد الزوجة يقول: إنه ضرب له كان من باب دعوى الصحة والفساد فالقول لمدعي الصحة منهما اهـ باختصار.

قلت: ويتفرع على كون القول لمدعي الصحة أن مدعي الفساد إذا أقام شاهداً واحداً على أنه لم يضرب له أجل أو على أنه لموت أو فراق فإن كان المقيم هو الزوجة لم يفسخ النكاح لأن الواحد لا يقبل فيما يوجب الفراق، وإن أقامت شاهدين فسخ وبطل الصداق ولو أقامته بعد البناء حلفت وأخذت الأكثر من المسمى وصداق المثل قاله في المتيطية.

٣٧٩ـ وما يُنَافِي ٱلْعَقْدَ لَيْسَ يُجْعَلْ شَرْطاً وَغَيْرُهُ بِطَوْعٍ يُقْبَلْ

(وما) مبتدأ وجملة (ينافي العقد) صلته والرابط الضمير المستتر الفاعل بينافي (ليس) فعل ناقص واسمه ضمير الموصول المذكور (يجعل) بالبناء للمفعول خبر ليس ونائبه ضمير يعود على ما أيضاً وهو مفعوله الأول (شرطاً) مفعوله الثاني، والجملة من ليس وما بعدها خبر المبتدأ والرابط محذوف أي فيه، والمعنى أن الشروط على قسمين ما لا ينافي عقد النكاح وسيأتي وما ينافيه وهو ما هنا، وظاهره كان الشرط من جهتها أو من جهته فإذا شرط أن لا يقسم لها أو يؤثر عليها أو لا نفقة لها أو لها نفقة معلومة في كل شهر أو لا ميراث بينهما أو أن لا يأتيها ليلاً أو لا يعطيها الولد أو شرطت أن الطلاق بيدها أو نفقة ولدها أو نفقة الصغير أو السفيه على الولي أو نفقة العبد على السيد أو شرطت نفقة الكبير الرشيد على غيره أو إعطاء حميل بالنفقة فإن النكاح في ذلك كله يفسخ قبل البناء ويثبت بعده بمهر المثل وتسقط الحمالة في المسألة الأخيرة وترجع النفقة على الزوج في مسألة اشتراطها على ولي الصغير، وهكذا يسقط الشرط المذكور بعد البناء في جميع ذلك (خ) عاطفاً على ما يفسخ قبل ويثبت بعد ما نصه: أو على شرط يناقض المقصود كأن لا يقسم لها أو يؤثر عليها وألغي الخ. أي ألغي الشرط المذكور بعد البناء ومحل الفساد في مسألتي الصغير والسفيه ما لم يبينوا أن الولي إن مات أو طرأ عليه دين أو عسر قبل بلوغ الصبي ورشد السفيه كانت على الزوج فإن بينوا ذلك صح اتفاقاً فإن قالوا إن مات الولي أو طرأ عليه ما يمنع الإنفاق فلا تعود على الزوج حتى يبلغ أو يرشد فسد اتفاقاً قاله ابن عرفة عن ابن رشد، وفهم من قوله ليس يجعل شرطاً فيه أنه يجوز شرط ما ينافيه بعده وهو كذلك كما يأتي قريباً.

تنبيه: لو شرط السيد في تزويجه عبده من أمة غيره أن الولد بينهما فسخ ولو بنى والولد لرب الأمة وكذا لو شرط أن ما تلده حر، سواء كان الزوج حراً أو عبداً كانت الأمة لسيد العبد أو لغيره وما ولدته قبل الفسخ حر وولاءه لسيدها ولو شرط أول ولد تلده حر فكذلك على مذهب ابن القاسم، ويجوز لسيدها بيعها ما لم تحمل فإن حملت بقيت حتى تضع فيعتق الولد وما ولدت بعده من الأولاد رقيق قاله في المتيطية.

(وغيره) مبتدأ (بطوع) يتعلق بالخبر الذي هو (يقبل) أو في محل نصب على الحال من ضمير أي وغير المنافي للعقد كشرط أن لا يتزوج عليها أو لا يخرجها من بلدها أو لا يتسرى

فرع: فإن مات أحد الزوجين قبل البناء قال المواق: أفتيت بالإرث مراعاة لقول الليث وابن وهب (وما ينافي العقد) من الشروط كأن لا يقسم لها أو يؤثر عليها أو لا نفقة لها أو أمرها بيدها أو لا ميراث بينه وبينها أو شرط لها نفقة معلومة في كل شهر أو نفقة ولدها أو اشترطت نفقة الصغير أو السفيه على الأب أو نفقة العبد على السيد (ليس يجعل شرطاً) أيْ لا يجوز اشتراطه ويفسخ النكاح إن اشترط شيء من ذلك قبل العقد ويثبت بعده بصداق المثل على المشهور. (وغيره) أي غير ما ينافي العقد وهو قسمان ما يقتضيه وإن لم يذكر كشرط إن ينفق عليها أو يقسم لها أو يبيت عندها واشتراط مثل هذا وعدم اشتراطه سواء لأنه واجب عليه إصالة وما لا يقتضيه العقد ولا ينافيه كشرطها أن لا يتزوج عليها أو لا يتسرى أو لا يخرجها من بلدها؛ فهذا يكره في العقد ولا يلزم، ويجوز بعده وهو معنى قوله: (بطوع يقبل) (خ): وجاز شرط أن لا يضر بها في عِشرة أو كسوة أو

عليها يقبل، ويجوز حال كون كائناً بطواعية من الزوج بعد العقد لا إن اشترط فيه فيكره ولا يلزم على كل حال ولكن يستحب له الوفاء به (خ) وإن أخرجها من بلدها أو تزوج عليها فألفان ولا يلزم الشرط وكره الخ. وإنما كره اشتراط ذلك في العقد لأن المرأة حطت من صداقها لأجل الشرط، وهذا هو السر في رد المرأة لمهر المثل بعد البناء في الشروط المنافية ثم إن غير المنافي قسمان ما لا يقتضيه العقد ولا ينافيه كالأمثلة المذكورة وما يقتضيه العقد، وإن لم يشترط كشرط أن يقسم لها أو لا يؤثر عليها أو لا يضربها فاشتراط هذا وعدمه سواء، فقول الناظم يقبل أي مع كراهة إن كان ذلك في العقد وبدونها بعده لكن ما كان في العقد لا يوصف بطواعية حقيقة، بل مجازاً لأن المرأة تأبى من العقد حتى يلزم الشرط، وما كان كذلك ليس بطوع. وقوله: يقبل أي يصح وكونه يلزم أو لا يلزم شيء آخر فيه تفصيل، ويحتمل أن يكون معناه يلزم فيحمل حينئذ على ما إذا علق عليه طلاقاً أو عتقاً أو تمليكاً أو نحو ذلك مما يقضى به على الزوج إذا حنث فإن المعلق يلزمه بالمخالفة كشرطه في العقد أو بعده أن لا يخرجها من بيتها وإن أخرجها فهي طالق أو عبده حر أو أمرها بيدها وأن لا يضر بها وإن أضر بها فأمرها بيدها فإن اشترطت مع ذلك أنها مصدقة في الضرر فسد على ما لسحنون إن كان في العقد لدخوله على غرر في بقاء العصمة. ابن عرفة: وفي أعمال شرط تصديقها دون يمين في المغيب والرحيل والضرر أو فيهما دون المغيب نقلاً. ابن عات عن ابن فتحون وابن عبد الغفور: وكان ابن دحون يفتي بإلغاء شرط التصديق في الضرر بعد قوله لا خلاف في أعماله إن لم يكن شرطاً في العقد الخ. وفي ابن سلمون ما نصه: فإن التزم لها التصديق في الضرر بغير يمين فقال ابن رشد: اختلف في ذلك فروى عن سحنون أنه قال: أخاف أن يفسخ النكاح قبل البناء فإن دخل بها فلا يقبل قولها إلا ببينة على الضرر، وحكي عن ابن دحون أنه كان يفتي بأن ذلك لا يلزم ولا يجوز إلا ببينة ثم قال: ولا خلاف أنه إذا لم يشترط في أصل العقد أنه جائز نافذ اهـ. وانظر تمام كلامه فيما يأتي في فصل الضرر، وأما إن لم يعلق على ذلك شيئاً أو علق عليه ما لا يقضى به على الزوج إن خالف كقوله: إن أخرجتها من بلدها فلها ألفان فلا شيء عليه بالمخالفة كان في العقد أو بعده، ولهذا إذا اشترطت عليه الماشطة في العقد أن لا يمنعها من الخروج لصنعتها لا يلزمه الوفاء به كما في المعيار وأولى إن اشترطت عليه الخروج لقدوم الحاج أو خروجه، ثم إن علق الطلاق على التزوج عليها أو على التسري فيلزمه في التزوج بمجرد العقد، وإن لم يدخل وفي التسري بالوطء ولو كانت الأمة عنده قبل التعليق وإن علقه على اتخاذ أم الولد فيلزمه بوطء

غيرهما بخلاف ألف وإن أخرجها من بلدها أو تزوج عليها فألفان ولا يلزم الشرط وكره. وفي الوثائق المجموعة كره مالك الشروط وقال: لا أرى لأحد أن يكتب شهادته في كتاب فيه شروط، ويلزم النكاح إن بعقد يمين كقوله الداخلة طالق أو أمرها بيدها والطوع فيه أحسن من أن ينعقد بشرط وهي محمولة على الطوع حتى يثبت أنها كانت مشترطة في عقد النكاح. وفي ابن سلمون: والشروط في النكاح محمولة أبداً على الطوع حتى يثبت خلافه قاله ابن العطار، وقيل محمولة على الشرط قاله ابن فتحون. قال: وهو الصواب قياساً على البيع اهـ. وهذا هو الذي به العمل قال في اللامية: وشرط نكاح أن نزاع بطوعه، جرى مطلقاً فاحمل على الشرط وأعدلا.

الأمة أيضاً لا بحملها على مذهب ابن القاسم قاله في المتيطية. ثم إن الطواعية بذلك أحسن من اشتراطه في العقد فإن اتفقا على الشرطية فيما يقضي به واختلفا في كونها وقعت في العقد أو بعده ولا بينة فقيل: يحمل على الشرطية في العقد، وقيل على الطواعية بعده وبالأول العمل قال ناظمه:

والشرط في النكاح محمول على ... أنه في أصل العقود جعلا

وفائدة الخلاف أن له أن يناكرها على الطواعية دون الشرطية كما أشار لذلك (خ) فقوله وناكر مخيرة لم يدخل بها ومملكة مطلقاً الخ. وتظهر أيضاً أنها إذا وقعت واحدة في الطواعية فهي رجيعة وفي الشرطية بائنة كما في ابن سلمون، وتظهر أيضاً فيما إذا التزم نفقة ربيب أو غير ذلك مما ينافي العقد وتنازعا في كونه وقع في العقد أو بعده، فإنه يحمل على الشرط على ما به العمل ويفسخ النكاح إن كان التنازع قبل البناء ويسقط الشرط إن كان بعده.

تنبيهات. **الأول**: يحتمل أن يكون الضمير في قول الناظم وغيره عائداً على ما ذكر أي وغير المشترط في العقد مما هو مناف له أو غير المنافي أصلاً أي غيرهما معاً يقبل بطوع بعده فيهما وفي غير المنافي مطلقاً فيستفاد منه بطريق النص أن جميع المنافي للعقد يجوز الطوع به بعده ما عدا قوله: ولا ميراث بينهما فإنه لا يصح فيها ذلك لأنه من إسقاط الشيء قبل وجوبه ولأنه يدخل في الملك جبراً فيصح حينئذ أن يلتزم الزوج نفقة ربيبه أمد الزوجية أو مطلقاً وأن يلتزم الزوج نفقة زوجة غيره وأن يتحمل لها بالنفقة وأن تسقط حقها في القسم، وهكذا فإن طلقت الملتزم لولدها بالنفقة أو التي تطوع لها بطلاق الداخلة عليها ثم راجعها عادت نفقة الولد وعاد الشرط كما يأتي في قوله في الخلع:

وما امرؤ لزوجه يلتزم ... مما زمان عصمة يلتزم

فذا إذا دون الثلاث طلقا ... زال وإن راجع عاد مطلقا

الثاني: ما تقدم من أنها إذا شرطت عليه نفقة ولدها في العقد يفسد النكاح هو الذي في شراح (خ) عند قوله: أو على شرط يناقض المقصود وظاهرهم اشترطت ذلك لمدة معلومة أم لا. وهو الذي لابن زرب وقال أبو بكر بن عبد الرحمن: إن شرطت ذلك لمدة معلومة جاز ذلك فإن مات الولد رجعت بنفقة بقية الأجل ويلزمه لأنه من صداقها، وإنما تأخذه على حسب ما شرطت قاله في المتيطية. ونقله أوائل الالتزامات وذكر عن ابن رشد أنه الراجح قال: وينبغي حينئذ أن لا يسقط بموت الزوج وأن يحل بموته ويأتي أول الخلع عن البرزلي ما يفيده.

الثالث: على ما تقدم من فسخ النكاح فإن للزوج الرجوع على المرأة بما أنفق بالشرط على ولد، ومن لا تلزمه نفقته من خدمها إلى حين فسخ النكاح أو لتصحيحه بمهر المثل قاله في الالتزامات عن ابن رشد. قلت: وانظر الاضطراب في فهم قول ابن رشد إلى فسخ النكاح أو تصحيحه في نكاح نوازل مازونة.

الرابع: إذا قال لها: إن أخرجتك من بلدك فأمرك بيدك فأخرجها بإذنها فأرادت أن تأخذ بشرطها وتطلق نفسها فقال مالك وأصبغ: ليس لها ذلك. وقال أشهب: لها أن تأخذ بشرطها لأنها إنما أذنت في شيء تملكه، واستحسنه ابن المواز قاله في كتاب الشروط من المتيطية قال:

ولو أخرجها بإذنها فردها ثم أراد أن يخرجها فأبت فروى ابن وهب عن مالك: تحلف بالله ما كان خروجي معه أولاً تركاً لشرطي ثم هي على شرطها. وقال بعض العلماء: إذا أذنت له سقط شرطها وهو شاذ اهـ باختصار.

الخامس: ما تقدم من أن الشرط في النكاح محمول على الشرط في العقد حيث لا بينة كما مر، أما إن كانت هناك بينة بكونه شرطاً أو طوعاً فإنه يعمل عليها ما لم يشهد العرف بضدها، ففي المعيار سئل ابن رشد عما يكتب من الشروط على الطوع والعرف يقتضي شرطيتها، فقال: إذا اقتضى العرف شرطيتها فهي محمولة على ذلك ولا ينظر لكتبها على الطوع الخ.

قلت: والعرف في زمننا هذا أن التزام نفقة الربيب ونحوها من إمتاع الزوجة زوجها إنما يكون في صلب العقد إذ قل ما تجد التزاماً بالنفقة المذكورة متطوعاً به في نفس الأمر، وإنما الكتاب يكتبونه على الطوع تصحيحاً لوثائقهم وتجدهم يأمرون المتعاقدين بتأخير كتبه إلى يومين أو ثلاثة من عقد النكاح فيجب حينئذ فسخ هذا النكاح إن عثر عليه قبل البناء، ولا تسقط النفقة عن الزوج إن عثر عليه بعده عملاً على ما أفتى به ابن رشد، وأقامه ابن عرفة من المدونة في باب الحمالة. قال ابن ناجي: وبه العمل اهـ. وقد علمت مما قدمناه أول الكتاب أن قولهم: العمل بكذا مما يرجع القول المعمول به فما قاله ابن رشد هو الحق إن شاء الله تعالى كما يأتي في البيت بعده عن الجزيري والمازري، وقد قال في الفائق: متى ضاق على الموثق المجال ركن إلى التطوع مصوراً في صورة الجائز ما لا يجوز في الحقيقة اهـ. ومثل هذا يأتي في بيع الثنيا إن شاء الله وأنه متى ثبت رسم الإقالة ولو بصورة التطوع فهو محمول على أنه شرط في نفس العقد كما أفتى به المجاصي وغيره من أهل عصره لأن العرف شاهد بضد المكتوب خلاف ما يأتي للناظم من أن العمل فيها على المكتوب.

٣٨٠ـ وَيَفْسُدُ النِّكَاحُ بِالإِمْتَاعِ فِي ... عُقْدَتِهِ وَهُوَ عَلَى الطَّوْعِ اقْتُفِي

(ويفسد) بضم السين وفتح الياء مضارع فسد **(النكاح)** فاعله **(بالإمتاع)** يتعلق بيفسد **(في عقدته)** يتعلق بالإمتاع وضميره للنكاح أي يفسد النكاح باشتراط الزوج في صلب العقد أن تمتعه زوجته بموافقة وليها بسكنى دارها أو استغلال أرضها لأن ما يبذله الزوج من الصداق بعضه في مقابلة ذلك وهو مجهول لأنه يستغل إلى الموت والفراق ولا يدري وقتهما قاله المازري. وقال ابن جزي: وقد يستغرق ذلك الصداق فيبقى البضع عارياً عن المهر. قال: وكذا يفسد إن كان الإمتاع لمدة معلومة لأنه نكاح وإجارة، وعليه فيفسخ قبل الدخول ويثبت بعده بمهر المثل وسيأتي قول الناظم:

(ويفسد النكاح بالإمتاع في عقدته) أي بأن يشترط الزوج في صلب العقد أن تمتعه الزوجة أو أبوها بسكنى دار أو استغلال أرض أو نحوهما لأن ما يبذل من الصداق بعضه في مقابلة ذلك وهو مجهول لأنه يستغل إلى الموت أو الفراق، ولا يدري متى يكون، وقد يستغرق ذلك الصداق فيبقى البضع عارياً عنه قاله المازري وابن جزي، فإن كان ذلك لمدة معلومة منع أيضاً لأنها إجارة ونكاح فإن طاعت له بشيء من ذلك بعد العقد فلا بأس.

وشرط كسوة من المحظور للزوج في العقد على المشهور

إلا أن ظاهر كلام الناظم ههنا أنه يفسد ولو لم يصرحا باشتراطه في العقد، بل وقع الإمتاع في العقد بغير شرط وهو مخالف بهذا الظاهر لقول ابن سلمون ولو سكت عن ذلك في العقد حمل على الطوع الجائز أو العادة إن كانت عادة فالإشارة في قوله عن ذلك تعود على الإمتاع أي سكت عن اشتراطه في العقل، بل وقع في العقد على الطوع من غير شرط. هذا ظاهره بدليل قوله: حمل على الطوع فتأمله. وأشار إلى مفهوم قوله في عقدته فقال: (وهو) مبتدأ (على الطوع) يتعلق بالخبر الذي هو (اقتفي) بالبناء للمفعول أي اتبع أي إن وقع ذلك بعد العقد جاز واتبع ذلك ومحل جوازه بالطوع إذا لم تنعقد القلوب والضمائر عليه عند وقت عقد النكاح، أما إن انعقدت الضمائر عليه وقته وعرف ذلك من عادة البلد فإنه يفسخ قبل البناء أيضاً وإن كتب على الطوع إذ لا عبرة حينئذ بالمكتوب لأن الموثق يدلس ذلك ليتوصل لما لا يجوز في صورة الجائز قال معناه المازري حسبما في الشارح، وهو الموافق لما مر عن ابن رشد في البيت قبله. وقال الجزيري: هذا الإمتاع جرت به العادة في الجزيرة الخضراء وغيرها ويجعلون الإمتاع في مال الزوجة على الطوع من وليها أو منها إن كانت مالكة أمر نفسها وهو غير سديد لأن الإمتاع في مقابلة الصداق فيبقى البضع بلا عوض إذ قد يشترطه من لا فقه عنده، فهو وإن كتب على الطوع لإرادة الإمضاء فالضمائر المنعقدة عليه تقوم مقام الشرط عند العلماء. وفي المدونة ما يقتضيه انظر تمامه في اليزناسني إن شئت فهو موافق لما مر عن المازري وابن رشد من أنه لا عبرة بالطوع إن كانت العادة بخلافه.

تنبيهات. الأول: إذا قلنا بفساد النكاح في الطوع حيث كانت العادة بخلافه فإن النكاح يفسخ قبل ويثبت بعد بمهر المثل بمنزلة المشترط في العقد، وكلام المازري الذي في الشارح صريح في ذلك لأنه من الفاسد لصداقه، وعليه فإذا عثر على ذلك بعد البناء وطالت المدة فإنها ترجع عليه بقيمة ما استغل بعد أن ترد لمهر مثلها على أنه لا إمتاع في نكاحها، والغالب أن مهر المثل حينئذ أقل من المسمى لأن المسمى يرتفع للإمتاع المذكور.

الثاني: إذا قلنا يحمل في الطوع على الشرط حيث جرت العادة به، وأنه لا عبرة بالمكتوب فبأي شيء يتوصل للصورة الجائزة إذ ما من طوع في بلد جرت العادة بخلافه إلا ويقال إنه محمول على الشرط فلا يجد ملتزم الإنفاق للربيب مثلاً أو ملتزم التمتيع ونحوه سبيلاً إلى كتبه على الطوع وإن صح قصده في نفس الأمر هذا مما لم أقف الآن فيه على نص، والظاهر أنه إذا طال ما بين العقد بحيث يظن أن ما أضمراه قد اضمحل واندثر، وأنه فعل ذلك عن اختيار كالشهر ونحوه فإنه لا يحمل على الشرط حينئذ والله أعلم.

الثالث: محل الفساد بالإمتاع إذا كان من مال الزوجة كما مر أما إذا كان من مال وليها أو أجنبي فإنه جائز، وقد روي عن مالك أنه يجوز أن يقول الرجل لآخر: تزوج ابنتي على أن أعطيك مائة دينار نقله الشارح. وفي ابن عرفة سمع سحنون ابن القاسم من أنكح ابنته من رجل

(**وهو على الطوع اقتفي**) أي توبع العمل عليه لجوازه وفقد مانعه.

على أن أعطاه داراً جاز إنكاحه، ولو قال: تزوج ابنتي بخمسين ديناراً وأعطيك هذه الدار لا خير فيه لأنه من وجه النكاح والبيع ابن رشد: يقوم من قوله جاز نكاحه مغنى خفي وهو جواز اجتماع البيع مع نكاح التفويض اهـ. وهذا معنى قول (خ): أو باجتماعه مع بيع كدار دفعتها هي أو أبوها وجاز من الأب في التفويض.

الرابع: إذا متعت الزوجة زوجها بعد العقد بسكنى دارها بأن أسقطت عنه كراءها مدة الزوجية بينهما ثم اختلعت منه وسكتت عن كراء مسكنها الذي تعتد فيه فقال ابن زرب: يلزمه ذلك لأن من حجة الزوجة أن تقول: لم أسقط ذلك عنه إلا مدة الزوجية، وبه قال ابن عتاب واللخمي قال: لأن بالطلاق خرجت عن المكارمة ولا يلزمها أن تكارمه في المستقبل، وقال أبو عمر الإشبيلي: لا يلزمه ذلك لأن العدة من أسباب الزوجية وبه قال ابن القطان أبو بكر بن بعد الرحمن قال بعض: والأول أقيس. المتيطي: وهو الحق إن شاء الله.

فصل (في مسائل) متفرقة (من) لواحق (النكاح)

٣٨١ـ والعَبْدُ والمرأةَ حَيثُ وُصِّيَا وَعَقَدَا عَلَى صَبِيٍّ أُمْضِيَا

(والعبد) مبتدأ **(والمرأة)** معطوف عليه **(حيث)** ظرف مضمن معنى الشرط خافض لشرطه منصوب بجوابه **(وصيا)** بالبناء للمفعول والألف نائبه والجملة في محل جر بإضافة حيث **(وعقدا)** فعل وفاعل والجملة معطوفة على وصيا **(على صبي)** يتنازعه الفعلان قبله **(أمضيا)** بالبناء للمفعول جواب حيث ونائبه ضمير العقد وألفه للإطلاق ومفعول عقدا محذوف أي عقدا النكاح وأشعر تذكير الوصف أنه ذكر لا أنثى إذ لا يصح عقدهما عليها (خ): ووكلت مالكة أو وصية الخ. وتقدم أيضاً قول الناظم: والمرأة الوصي ليست تعقد الخ. وربما أشعر قوله: أمضيا أنه لا يجوز ابتداء وليس كذلك، بل يجوز ابتداء كما في الوثائق المجموعة، وإنما عبر به نظراً إلى أن لفظ العبد والمرأة يشمل الكافر منهما كما يأتي ولا مفهوم لصبي، بل لهما العقد على من إلى نظرهما من الذكران كباراً أو صغاراً بل لو وكلهما كبير رشيد لصح عقدهما عليه، وظاهر قوله: والعبد

فصـل في مسائل من النكاح

(والعبد والمرأة حيث وصيا) أي وكلا على صبي **(وعقدا)** بأنفسهما من غير توكيل **(على صبي)** ذكر **(أمضيا)** عقدهما وجاز ابتداء بخلاف العبد أو المرأة الوصي على يتيمة أنثى فإنه لا يصح أن يعقد عليها كما لا تعقد المرأة على نفسها، ولها أن توكل على ذلك (خ): ووكلت مالكة ووصية وفي الوثائق المجموعة: وللمرأة الوصي عقد نكاح من إلى نظرها من أيتامها وعبيدها الذكران بخلاف إمائها ويتيمتها لا يجوز لها العقد عليهما إلا بتوكيل رجل يعقده لأن اليتامى والعبيد الذكران يجوز لهم العقد على أنفسهم إذا ملكوا أنفسهم والانحلال في الطلاق مما عقدته عليهم هذه المرأة لهم بخلاف الإناث، فقوله: وللمرأة الخ. نص في الجواز ابتداء، وسكت الناظم عن الكافر لأنه لا يكون وصياً قال في المدونة: ولا تجوز الوصية لذمي أو مسخوط أو من ليس بعدم ويعزل إن أوصى إليه اهـ. وقول الشارحين: إنه سكت عنه لندوره يوهم صحة وصيته، وليس كذلك، وما في الطرر محمول على ما بعد الوقوع.

والمرأة ولو كافرين وهو كذلك. وفي الطرر: وأما العبد والكافر فيزوجان بنيهما وبني من أوصى بهم إليهما الذكران الخ. وفي سماع عيسى: لا بأس أن يوكل الرجل نصرانياً أو عبداً أو امرأة على عقد نكاحه اهـ. والإيصاء توكيل في الحقيقة، ولذا قال (خ): وصح توكيل زوج الجميع الخ. وقول المدونة لا تجوز الوصية لذمي أو مسخوط أو من ليس بعدل ويعزل إن أوصى إليه الخ. معناه لا يجوز ابتداء وذلك لا ينافي صحة عقده ومضي تصرفاته بدليل قولها: ويعزل إذ العزل فرع الانعقاد فهو نظير قول المتن ونفذ حكم أعمى وأبكم وأصم ووجب عزله الخ. فقول الشارح ومن تبعه: سكت الناظم عن الكافر لندوره ليس على ما ينبغي لأن الناظم أطلق ولإطلاقة عبر بالإمضاء كما مرّ.

تنبيهات. **الأول:** محل إمضاء الوصية لابنها ونحوه ممن في حجرها إذا لم تعقد له على بنت زوجها وإلاَّ فهو محل للنظر والتعقب لكونها في عصمته فهي مغلوبة فإن كان سداداً مضى وإلاَّ فلا، قاله في الكراس الثامن من أنكحة المعيار.

الثاني: إذا بلغ الصبي وأبى من التزام ما عقده عليه وصيه أو أبوه فإنه يجري على ما تقدم في قوله: وعاقد على ابنه حال الصغر الخ. وفي اختصار المتيطية أن الصغير إذا زوجه وصي أو مقدم القاضي جاز ذلك عليه ولا خيار له بعد البلوغ بخلاف اليتيمة، والفرق أن الصبي إذا بلغ وكره النكاح طلق بخلاف اليتيمة، وهذا هو المشهور من مذهب مالك في المدونة وغيرها اهـ.

الثالث: إذا كان مع الوصي مشرف وعقد الوصي النكاح بغير مشورته فعقد الوصي صحيح سواء عقد بنفسه أو قدم أخاها ونحوه للعقد وللمشرف تعقبه بالنظر، فإن رأى أن يجيزه أجازه وإن رأى أن يرده رده كالسفيه يتزوج بغير إذن وليه فإن مات المشرف وعقد الوصي النكاح فإنه يوقف على نظر القاضي فيتعقبه بالنظر أيضاً لأنه قائم مقام المشرف، فإن لم يعثر القاضي على ذلك حتى مات الزوج والحال أن الزوجة هي ذات الوصي، وقد زوجها بعد موت المشرف فقد فات موضع نظر القاضي ووجب للزوجة الصداق المسمى والميراث إذ لا حظ لها في الرد بعد موت الزوج لأن ذلك يسقط ما وجب لها من الصداق والميراث لغير وجه نظر قاله ابن رشد في أجوبته. ويفهم من قوله: كالسفيه يتزوج بغير إذن وليه أن الزوج إذا كان هو الموصى عليه وزوجه وصيه بعد موت المشرف فماتت الزوجة أن القاضي ينظر في الأصلح من الرد والإجازة، فإن مات الزوج المولى عليه تعين الرد فيكون من أفراد قول (خ) ولولي سفيه فسخ عقده ولو ماتت وتعين لموته والله أعلم. وهذا بخلاف تزويج أحد السيدين الأمة دون إذن شريكه أو تزويج أحد الوليين اليتيمة دون إذن الآخر فإن النكاح فاسد ولو أجازه الآخر يفسخ قبل البناء وبعده قال في النوادر: إذا كان للزوجة وليان فزوجها كل واحد منهما على حدة من رجل فإن لم يول كل منهما صاحبه لم يجز نكاح كل منهما وإن أمر كل واحد منهما صاحبه فنكاح أولهما أولى إلا أن يبني الآخر. ابن المواز، وهذا في الوصيين والسيدين فجعل الوصيين كالسيدين والوليين والرواية في المدونة أن السيد إذا زوج الأمة دون إذن شريكه يفسخ قبل البناء وبعده، وإن أجازه الآخر. انظر أجوبة ابن رشد، وقد نقل ذلك الزياتي في نوازله وهذا كله فيما بعد الوقوع وأما قبله فقد قال (خ): وإن تنازع الأولياء المتساوون في العقد أو الزوج نظر الحاكم الخ. وأما العبد يزوجه

أحدهما دون إذن الآخر فإن النكاح صحيح ويتوقف على إجازة الآخر والسفيه يزوجه أحدهما دون إذن الآخر كذلك.

٣٨٢ـ والأَبُ لا يَقْضِي اتِّسَاعُ حالِهِ تَجْهِيزَهُ لابْنَتِهِ مِنْ مَالِهِ

(والأب) مبتدأ **(لا يقضي)** بفتح الياء مضارع قضى **(اتساع حاله)** فاعل ومضاف إليه **(تجهيزه)** بالنصب مفعول يقضي **(لابنته)** يتعلق بتجهيز وكذا قوله **(من ماله)** والضمائر عائدة على الأب، والمعنى أن الأب الغني المتسع المال لا يلزمه أن يجهز ابنته البكر أو الثيب إذا زوجها بشيء من ماله زيادة على صداقها، وإنما يلزمه أن يجهزها بصداقها (خ): ولزمها التجهيز على العادة بما قبضته إن سبق البناء الخ. فإطلاق الناظم في البيت يشمل البكر والثيب التي في حجره لصغرها أو سفهها، وأما المرشدة فهي ما بعده، وحينئذ فإن قال الزوج إنما بذلت ألفاً ليجهزها أبوها بألف آخر من ماله وامتنع الأب من ذلك فإن كان قبل البناء خير الزوج في تجهيزها بصداقها فقط أو يفارق ولا شيء عليه، وإن كان بعد البناء حط عنه ما زاده لأجل الجهاز أي: فيجب لها صداق المثل. وانظر ما للحفار في الكراس الخامس من أنكحة المعيار يتبين لك ذلك، وظاهر النظم أنه لا يلزمه ذلك ولا يحكم عليه به، ولو جرى العرف بالتجهيز والذي به العمل أن ذلك حيث لا عرف بتجهيز الآباء وإلاَّ لزمه تجهيزها بما جرى العرف به إن كان التنازع بعد البناء لأنه بالعرف صار كالملتزم للتجهيز إذ العرف كالشرط قاله غير واحد. وإليه أشار ناظم العمل بقوله: وفي الشوار عندهم مثلان الخ. أي عرفهم تجهيز البنت بمثلي نقدها فإذا نقدها الزوج عشرين مثلاً جهزها الأب بأربعين، عشرين من نقدها وعشرين زيادة من عنده، وهذا إنما هو إذا كان غنياً وفات بالدخول والأخير الزواج كما مرّ وفي البرزلي ما نصه: فإذا أثبت الزوج العادة بأنه لا بد بين هذين الصهرين من جهاز زائد على النقد مما له خطر وبال، وأن الناس اعتادوا ذلك فإنه يقال لأبي الزوجة: إما أن تحققه بشورة أمثالها وإلاَّ حلف الزوج على ما أعاده ويخير بين فسخ النكاح عن نفسه ولا شيء عليه إلا طلقة خاصة وهو أرجح الأقوال، وقيل: إذا حلف حط عنه من الصداق الزيادة التي زادها للجهاز المتعارف بينهم وهو أحسن، وعليه يأتي أكثر المذهب، وقيل: لا مقال للزوج وهو أضعفها انتهى باختصار.

تنبيهات. الأول: قال في شرح نظم العمل في المحل المذكور ما خاصله: إن الالتزام في عقد النكاح يكون باللفظ وبالعادة والأول يقضي به قبل الدخول وبعده في حياة الملتزم وبعد موته أو فلسه ولا يفتقر لحيازة، والثاني لا يلزم إلا بعد الدخول في حياة الملتزم، فإن مات بطل الالتزام واحتج للأول بنقول تدل دلالة واضحة على أن ما انعقد عليه النكاح من صدقة ونحلة يجري مجرى البيوع في الاستحقاق وسقوط الحيازة وأن الملتزم يؤاخذ بذلك حيي أو مات أو

(والأب) الغني المتسع الحال إذا زوج ابنته **(لا يقضي اتساع حاله تجهيزه لابنته من ماله)** جبراً عليه، وإنما يلزمه أن يجهزها بما قبضه من صداقها قبل البناء لا بعده ويشتري لها الآكد فالآكد من فراش وغيره على حسب العرف، فإن قال الزوج: إنما بذلت ألفاً ليجهزها أبوها بألف آخر من ماله، وامتنع الأب فإن كان قبل البناء خير الزوج في الرضا بتجهيزها بصداقها فقط أو يفارق ولا شيء عليه، وإن كان بعد البناء حط عنه ما زاده لأجل الجهاز من الصداق قاله العبدوسي،

فلس، وأن للزوج أن يطلب ذلك ولو بعد ثلاث سنين من وقت البناء وبغير وكالة من الزوجة لأنه حق له وثمن لما أصدقها واحتج للثاني بما في الالتزامات فيمن تزوج بمائتين والعادة حيث أصدقت العدد المذكور أن يجهزها الأب بمائة وخمسين، ثم مات الأب قبل البناء ثم دخل بها زوجها فقال أبو عمران: حيث مات أبو الزوجة ورضي الزوج بالبناء بها فلا قيام وتلزمه المائتان الخ. قال (ح) عقبه فعلم منه أن بموت أبي الزوجة بطل الالتزام وبقي الخيار للزوج في أن يستمر على النكاح المذكور أو يرجع عنه إلا أن يدخل بعد علمه بذلك فيلزمه الصداق ولا خيار له اهـ.

قلت: ما قاله أبو عمران و(ح) صريح في أن موت أبي الزوجة كان قبل الدخول أما لو مات بعده أو قبله وقبل أن يعلم بموته فلا إشكال في أنه يلزمه، ويكون للزوج القيام به لأنه فات بالدخول على الشرط الذي اقتضته العادة فيؤخذ ذلك من تركته فقول الشارح المذكور: فإن مات بطل الالتزام الخ. معناه مات قبل الدخول ودخل بعد العلم بموته كما مرّ وإلاَّ فلا يبطل كما يدل له الكلام المتقدم، وهكذا رأيته في بعض الفتاوى عن بعض المتأخرين.

الثاني: إذا ماتت الزوجة في الفرض المذكور أي قبل أن يبتل لها الأب شيئاً ففي (خ) ولو طولب بصداقها لموتها فطالبهم بإبراز جهازها لم يلزمهم على المقول الخ. وإذا لم يلزمهم ذلك على ما قاله المازري فعلى الزوج صداق مثلها لأن من حجته أن يقول إنما أصدقتها ذلك لما جرى به العرف من التجهيز كما في شراح المتن، وهذا كله إذا لم يكن الأب عين لها شيئاً ولا بتله قبل موتها وإلاَّ فللزوج ميراثه منه كما لابن رشد في أجوبته، ولو مات الزوج في الفرض المذكور فلا يحط عنه ما زاده لأجل الجهاز، فيكون للزوجة جميع المسمى ولو طلقها قبل البناء فإن كان لامتناع الأب من التجهيز فلا شيء عليه كما مر، وإن كان لغير ذلك فعليه نصف الصداق الذي سماه لأن الفراق جاء من قبله وباختياره والله أعلم. فقد علمت حكم ما إذا مات الأب أو الزوجة أو الزوج أو طلاقه قبل البناء والله أعلم.

الثالث: للوصي وللأب تشوير اليتيمة بمالها وتباع أصولها في ذلك وأولى غيرها حيث كان عليها معرة في ترك الجهاز على ما به العمل قاله في المعيار. وذكره في القلشاني، ونظمه في العمل المطلق. وفي البرزلي: إذا شور الأب ابنته البكر وأراد حسبتها به في ميراث أمها. وقال الزوج: بل ميراثها غير شورتها والصداق يقابل الجميع فإن الأب لا يجاب إلى ذلك إذ ليس من النظر إخراجها من أصل إلى شورة إلا أن يكون شيئاً يسيراً فيحلف أنه أنفق ليحاسب في الميراث من يوم وقع الميراث اهـ. وهذا مقابل بحسب ظاهره لما ذكرنا أن العمل عليه من جواز بيع أصولها للجهاز وإنما يبقى النظر هل للزوج أن يفارق إذا كان ذلك قبل البناء كما مرّ لأن من حجته أن يقول: إنما دفعت الصداق ليجهزها من ماله وهو الظاهر فتأمله الخ. وقوله: فيحلف أنه أنفق الخ وأنه إذا بطل ما رامه من الإخراج المذكور وأراد أن يحاسبها بإنفاقها من يوم الإرث فله ذلك بعد اليمين. وقول (خ) فطالبهم بإبراز جهازها الخ. انظر عكسها في دعاوى المعيار فيمن توفيت فطلب ورثتها من الزوج إبراز شورتها وجهازها فأنكر أن يكون عنده شيء من ذلك فإنه لا يلزمه غير اليمين أنه ما أخذ من مالها شيئاً في حياتها ولا بعد مماتها ولا وجد لها شيئاً

سوى ما أحضره، فالزوج لو أقر أنه أورد الجهاز بيت البناء لا يلزمه غير ذلك لاحتمال أن تكون أتلفته أو تلف بغير فعلها كما مر لنا التنبيه عليه عند قوله: بأنه كذبهم في الأول. وانظر نوازل العلمي فيمن شور ابنته البكر وأشهد أن تلك الشورة هي حظها منه بعد الموت فلا ترث منه شيئاً أن لها الميراث وتحاسب بالشورة، وانظر الهبات والوصايا من المعيار أيضاً.

٣٨٣ـ وبِسِوَى الصَّداقِ لَيسَ يُلْزَمُ تَجَهُّزَ الثَّيِّبِ مَنْ يُحَكِّمُ

(وبسوى) يتعلق بيلزم آخر الشطر **(الصداق)** مضاف إليه **(ليس)** فعل ناقص جامد واسمه ضمير الشأن أو من يحكم آخر البيت عند من يجيز التنازع بين متصرف وجامد **(يلزم)** كيكرم مضارع ألزم الرباعي **(تجهز)** بضم الهاء المشددة مفعول بما قبله يليه **(الثيب)** مضاف إليه **(من يحكم)** بضم الياء وتشديد الكاف صلة من والموصول فاعل يلزم، والجملة خبر ليس، والمعنى ليس يلزم الحاكم تجهيز الثيب بغير الصداق ولو كان لها مال كثير أو صداق أو نصفه قبضته من غيره أو منه بعد أن أبانها ثم راجعها. وهذا في الرشيدة، وأما السفيهة فهي داخلة في البيت قبله لأن الأب هو المخاطب بذلك أو بعدمه، وظاهر النظم: ولو جرى العرف بالجهاز ومقتضى ما تقدم إلزام تجهيزها لأن العرف كالشرط.

فرع: إذا تزوج امرأة وادعى على وليها أنه شرط في عقد نكاحها أن لونيته عروضاً أو عطايا سماها وأنكر الولي ذلك ونكل عن اليمين، فإن الزوج يحلف وترجع إلى صداق مثلها ويرجع هو فيما زادت التسمية على صداق المثل على وليها وتأخذ هي الصداق كاملاً مثل الذي يقر بالعيوب في وليته تأخذ جميع الصداق ويرجع على من غره نقله البرزلي عن أبي بكر بن عبد الرحمن. وزاد بعده: إن الزوج إذا ادعى على الولي نحلة في عقد النكاح فنكل الولي عن اليمين أن الزوج يحلف ويأخذ تلك النحلة، ونقل بعد ذلك بيسير مثله عن ابن زياد وابن الفخار قائلاً لأنه بسببها رفع في صداقها اهـ. ثم ما قاله أبو بكر بن عبد الرحمن ظاهر في أن الدعاوى بعد البناء وإلاّ كان الزوج بالخيار فلا فرق في ذلك بين البكر والثيب بدليل تشبيهه ذلك بمسألة العيوب فتأمله.

٣٨٤ـ وأشْهَرُ القَوْلَيْنِ أنْ تَجَهَّزَا لَهُ بِكَالِىءٍ لَهَا قَدْ حُوِّزَا

(وأشهر القولين) مبتدأ ومضاف إليه **(أن تجهزا)** في تأويل مصدر خبر المبتدأ وحذفت منه إحدى التاءين إذ أصله تتجهز، وهذا على قراءته بفتح التاء والهاء مشددة، ويجوز قراءته

وكما أن البكر لا تجهز بأكثر من صداقها فكذلك الثيب وهو قوله: **(وبسوى الصداق ليس يلزم)** بضم الياء كيكرم مضارع الزم **(تجهز الثيب)** مفعول مقدم **(من يحكم)** فاعل، ولو كان لها مال كثير أو صداق أو نصف صداق قبضته قبل الدخول **من** غيره أو منه بعد أن أبانها ثم راجعها **لم يلزمها** التجهيز إلا بما قبضته في المراجعة، كما نقله البرزلي، وأما الكالىء فإن لم يحل ولا قبض إلا بعد البناء لم يلزم التجهيز به، وإن حل وقبض قبل البناء فقولان. قال ابن سلمون عن ابن فتحون: مشهور مذهب مالك لا يلزمها أن تتجهز به اهـ.

وقال الناظم: **(وأشهر القولين أن تجهزا له)** وجوباً **(بكالىء لها)** صفة لكالىء أو متعلق بقوله

بضم التاء وكسر الهاء أي إن تجهز نفسها **(له بكالىء)** يتعلقان به **(لها)** يتعلق بقوله: **(قد حوزا)** والجملة صفة لكالىء ومراده أن الكالىء الذي حازته وقبضته قبل البناء يقضي بالتجهيز به لأنه بمنزلة النقد، فكما أن لها الامتناع من الدخول حتى تقبض النقد فكذا لها الامتناع حتى تقبض ما حل لها من الكالىء كما قال (خ) وإلاَّ فلها منع نفسها من الدخول والوطء بعده إلى تسليم ما حل الخ. وتقدم أيضاً قوله: ولزمها التجهيز على العادة بما قبضته إن سبق البناء الخ. وعليه فمتعلق حوز محذوف أي حوز لها قبل البناء فإن لم تحزه حتى دخل وبنى لم يلزمها التجهيز به كما لا يلزمها أيضاً إذا جاء به قبل البناء قبل حلوله، وإن قضى عليها بقبوله حيث كان عيناً ولو التزمت التجهيز بما قضى عليها فقبوله قبل حلوله لزم سلف جر نفعاً لأنه قدمه لها لينتفع بالتمتع به، ومن عجل ما أحل يعد مسلفاً، وأما الصداق غير العين فلا يلزمها قبوله حيث لم يحل ولا التجهيز به مطلقاً نقداً وكالئاً. ابن عرفة: المشهور وجوب تجهيز الحرة بنقدها العين. المتيطي: يشتري منه الآكد فالآكد عرفاً من فرش ووسائد وثياب وطيب وخادم إن اتسع لها، وما أجله بعد البناء فلا حق للزوج في التجهيز به وما أجله قبل البناء فكالنقد اهـ. وفي البرزلي: إن الأب يدفع النقد في أوكد ما يحتاج إليه وليس للزوج معه كلام ولا يبتاع لها به خادماً إذا لم يكن لها فيه فضل وأوكد ما يجعل فيه ما يتوطآنه ويتغطيانه من الفراش والمرفقة والملحفة واللحاف، فإن فضل شيء ففراش يجلسان عليه ونحو ذلك، وإن لم يفضل شيء فعلى الزوج أن يبتاع ما يفترشانه ويتوطآنه ويلتحفانه ويرقدان عليه لأن ذلك يلزمه لها، وعلى الأب أن يخرجها بكسوة بذلتها سواء كساها قبل النكاح أو بعده فإن كانت خلقاً كان على الزوج أن يكسوها لأن كسوتها عليه وليس يلزمها أن تشتري كسوة لبذلتها من جهازها، وليس يلزم الأب لها شيئاً إلا أن يحب وسواء كان من مالها أو من ماله وكذا الثيب لا يلزمها أن تجهز بغير الصداق اهـ.

قلت: ومن هذا يعلم ما يكثر عنه السؤال في هذه الأزمان في الرجل يشتري بعد البناء لزوجته حريراً أو كتاناً لتخمر به رأسها أو تكسو به ظهرها فإذا طلبته بالكالىء حسب عليها ما كان اشتراه لها من ذلك، واعتل بأنه مدين لها والمدين لا يتطوع على رب الدين. والجواب: أنه لا يلزمها شيء من ذلك ولا يعتد عليها به إذ لا يلزمها أن تكسو نفسها بكالئها إلا أن يبين لها ذلك عند الشراء وترضى به، بل نص في نوازل الزياتي عن الونشريسي أن الزوجة أو وليها إذا طلب الزوج بالبناء فعسر بالنقد وضرب له الأجل وحكم عليه بإجراء النفقة والكسوة على أن الزوج لا يكسوها ولا ينفق عليها في خلل الأجل المضروب إلا من ماله الخاص به لا من نقد المهر ولا من كالئه.

تنبيه: قال في المتيطية: وللزوج أن يسأل الأب أو الوصي فيما صرف النقد فيه من الجهاز وعلى الولي أن يفسر له ذلك ويحلف إذا اتهمه فيه (خ) وإنما يبرئه شراء جهاز تشهد بينة بدفعه لها الخ والله أعلم.

٣٨٥ـ ولِلْوَصِيِّ يَنْبَغِي ولِلأَبِ تَشْوِيرُهَا بِمَالِهَا والثَّيِّبِ

(وللوصي) يتعلق بقوله: (ينبغي وللأب) معطوف عليه (تشويرها) فاعل ينبغي (بمالها) يتعلق بتشوير (والثيب) معطوف على الأب أي ينبغي ويستحب لكل من الوصي والأب أن يشور محجورته بكراً كانت أو ثيباً بمالها، وينبغي للثيب الرشيدة أن تشور نفسها بمالها أيضاً إن كان لها مال لما لهن في ذلك من الحظوة عند أزواجهن إذ المال من جملة الأغراض المقصودة في النكاح لقوله عليه الصلاة والسلام: «تنكح المرأة لأربع لمالها وجمالها وحسبها ودينها فاظفر بذات الدين تربت يداك». ومحل النظم إذا لم يجر عرف بالتشوير وإلاَّ لزمهم التشوير كما مرّ.

تنبيه: إذا كان لها مال تحت يده لكونها في ولايته وادعى أنه شورها به عند بناء زوجها بها فالقول له ما لم يتبين كذبه للعرف الجاري بأن الآباء يجهزون بأموال أنفسهم، فكيف بمالهن بخلاف الوصي فلا يصدق لأنه مأمور بالإشهاد بنص التنزيل، وقيل: لا فرق بين الأب والوصي قاله في المتيطية. ونقله ابن فرحون في الباب التاسع والخمسين والله أعلم. وانظر ما يأتي في الاختلاف في الشوار.

٣٨٦ـ وزائِدٌ في المَهْرِ بَعْدَ العَقْدِ لا يَسْقُطُ عَمَّا زادَهُ إن دَخَلاَ

(وزائد) مبتدأ سوغه تعلق (في المهر بعد العقد) به (لا يسقط) بفتح الياء وضم القاف فاعله ضمير الزائد والجملة خبر المبتدأ (عما) يتعلق بالفعل قبله (زاده) صلة ما (إن دخلا) شرط حذف جوابه للدلالة عليه.

٣٨٧ـ ونِصْفُهُ يَحِقُّ بالطَّلاقِ مِنْ قَبْلِ الابْتِنَاءِ كالصَّدَاقِ

(ونصفه) مبتدأ وجملة (يحق بالطلاق) خبره (من قبل الابتناء) يتعلق بالطلاق (كالصداق) خبر لمبتدأ محذوف.

٣٨٨ـ ومَوْتُهُ لِلْمَنْعِ مِنْهُ مُقْتَضٍ فإنَّهُ كَهِبَةٍ لَمْ تُقْبَضِ

(وموته) مبتدأ (للمنع منه) يتعلق بالمنع وهو يتعلق بالخبر الذي هو قوله (مقتض) والفاء في قوله (فإنه) للتعليل (كهبة) خبر إن (لم تقبض) صفة لما قبله. ومعناه أن كل من تزوج على صداق

(قد حوزا) أي حوز لها وقبضته قبل البناء وبعد حلوله ويقضي عليها بقبوله والتجهيز به، فإن لم يحل وجاء به قضى عليها بقبضه إن كان عيناً دون التجهيز به، وإلا لزم سلف جر نفعاً وغير العين لا يلزم قبوله قبل الأجل، ولا يلزم المرأة أن تتجهز به مطلقاً. (وللوصي ينبغي) يستحب (وللأب تشويرها) أي البكر (بمالها) غير الصداق. وأما من الصداق فمر أنه لازم (والثيب) أي وينبغي للثيب أيضاً أن تشور نفسها بغير الصداق من مالها بكسوة وحلي وما يناسب العرف، والحال لما لها في ذلك من الحظوة عند الأزواج (وزائد في المهر بعد العقد) يعني أن من تزوج امرأة على صداق معلوم ثم طاع بأن زاد لها عدداً سماه لا يخلو حاله من ثلاث: إما أن يدخل بها فيتعين عليه ولو طلق أو مات وهو قوله: (لا يسقط عما زاده إن دخلا) أو يطلقها قبل الدخول فيلزمه شطر ذلك المزيد، وهو قوله: (ونصفه يحق بالطلاق من قبل الابتناء كالصداق) أي كما يجب نصف الصداق إذا طلق قبل البناء أو مات قبل الدخول فلا شيء لها منه وهو قوله: (وموته للمنع منه) مبتدأ واللام

معلوم، ثم طاع بزيادة زادها عليه لزوجته فإما أن يدخل فتستحق الزوجة جميعه كأنه ملحق بالصداق، وإما أن يطلق قبل البناء فتستحق نصفه كما تستحق نصف المسمى، وإما أن يموت أو يفلس فلا تستحق منه شيئاً وإنما لها المسمى فقط وعلل عدم استحقاقها له في الموت لأنه كهبة لم تجز، وفهم من قوله: لم تقبض الخ. أنه التزم ذلك في ذمته ولم يدفعه وإلاَّ فهو قوله الآتي:

وكل ما يرسله الزوج إلى زوجته من الثياب والحلى الخ.

وقال (خ): وتشطر ومزيد بعد العقد وهدية اشترطت لها أو لوليها قبله الخ. فلو قدم الناظم تلك الأبيات الآتية هنا لأجاد لأنها مفهوم ما هنا، وفي أواخر أنكحة المعيار ما نصه: الزيادة في الذمة للزوج وليس له الرجوع عنها، وللزوجة أن تأخذه بها ما لم يقع فلس أو موت فلا شيء لها لأنها هبة لم تقبض اهـ. وفهم من قوله: وزائد في المهر أن تلك الزيادة زادها للزوجة لا للولي وإلاَّ فهي له لا حق فيه للزوجة ولا رجوع فيه للزوج لقوله عليه السلام: «أيما امرأة نكحت على صداق أو حباء أو عدة قبل عصمة النكاح فهو لها، وما كان بعد عصمة النكاح فهو لمن أعطيه وأحق ما أكرم عليه الرجل ابنته أو أخته» الخ. والحباء العطاء وحباه حبواً أعطاه، وفهم من قوله: بعد العقد الخ. أن المزيد قبله أو حينه يشطر مطلقاً زاده لها أو لوليها أو لغيرهما بشرط أو بغيره فلا مفهوم لقول (خ): اشترطت وسواء سماه هدية أو صداقاً لا أن سماه عارية. ابن عرفة: وما اشترط من لحم جزور ونحوه لازم وهو للزوجة ونصفه للزوج إن طلق قبل البناء، وإن بنى لزم المرأة أن تصنع به طعاماً لأنه عرف الناس وعليه يشترطونه، وهو إن طلق قبل البناء كالمهر ويلزمها في العصفر صبغ ثيابها به. انظر بقيته وما يهدى عرفاً في المواسم والأعياد، كذلك على ما استظهر لأن العرف كالشرط. وفهم من قوله: بالطلاق الخ. أنه لو فسخ قبل البناء لم يشطر بل يختص به الزوج فإن كان دفعه لها فإنه يأخذ ما بقي منه لم يفت دون ما ضاع كما يأتي. وقوله: بالطلاق أي ولو كان مغلوباً عليه كالطلاق بعدم النفقة قبل البناء.

تنبيهان. **الأول**: إذا امتنع الولي من العقد على وليته حتى يأخذ لنفسه قدراً معلوماً ويسمى عند العامة بالمالكة، ويسمى بالحباء أيضاً فذلك عضل لها. والآية مصرحة بالنهي عنه وما أخذه فمن جملة الصداق إن شاءت المرأة أخذته أو تركته فإن أجازته لوليها ثم طلقت قبل البناء فيرجع الزوج على الولي بنصفه وهي بنصفه الآخر إن كانت مولى عليها، وإلاَّ فلا رجوع لها بنصفها، وسواء كان ما اشترطه لنفسه طعاماً أو غيره ثم محل رجوعها حيث لم تجزه أو أجازته وهي مولى عليها إذا لم يكن الولي صرف ما أخذه في مصالح البنت أو صنع عليه طعاماً عند البناء وإلاَّ فلا ترجع عليه بشيء لأن ذلك الطعام من شأنها ومصالحها ويجوز أكل ذلك الطعام قاله أبو الحسن. وهذا إذا كان ما صرفه في المصالح يفي بما أخذه وإلاَّ فلها الرجوع بما بقي كما في البرزلي. وانظر لو ادعى الولي صرف ذلك في مصالحها ولا يعلم ذلك إلا من قوله أو قول ورثته لطول العهد، وانظر أيضاً لو لم يثبت أخذه لشيء من ذلك وادعته الزوجة أو الزوج عليه والعرف كما

متعلقة بالخبر وقوله: **(مقتض فإنه كهبة لم تقبض)** الفاء للتعليل.

في البادية أنه يمتنع من العقد حتى يأخذ ذلك، والظاهر أنه حينئذ يحمل في ذلك على العرف كما مر من تعمير الذمة بالكالىء الذي جرى عرفه به على الراجح من أحد قولين تقدما عند قوله: وأجل الكوالىء المعينة الخ. وقد تقدم أيضاً أن المدعى عليه هو من ترجح قوله بمعهود أو أصل الخ. وعليه فيلزمه مثل حباء أمثالها فأقل.

الثاني: في ابن عرفة عن ابن رشد: أن النحلة أي الهدية إن كانت عند الخطبة فإن تم العقد فهي للزوجة وإن لم يتم فللزوج الرجوع بها. وفي أنكحة المعيار من جواب لمؤلفه أن للرجل الرجوع بما أنفق على المرأة في العدة أو غيرها ليتزوجها وبما أعطي في اختلاعها من الزوج الأول إذا جاء لتعذر والامتناع من قبلها لأن الذي أعطى من أجله لم يتم له، وإذا كان التعذر من قبله فلا رجوع له لأن التمكين كالاستيفاء الخ. وذكر عن ابن غازي: إنه صحح جوابه المذكور، وقيل لا رجوع له عليها ذكره (ز) عند قول المتن في أول النكاح: كفيك راغب والإهداء الخ.

قلت: ومن هذا المعنى ما مرّ في فصل فاسد النكاح من أن المرأة إذا غرته بموجب الفساد كان للزوج الرجوع بالصداق، والظاهر أن رجوعه بما اتفق من الضروريات في عرسه كذلك. وفي البرزلي عن أحكام الشعبي فيمن تزوج امرأة فأخرج ديناراً وقال: اشتروا به طعاماً واصنعوه فانفسخ النكاح بعد الشراء به فقال: إذا جاء المنع من قبلهم ضمنوا الدينار والطعام لهم وإن كان من قبل الزوج فليس له إلا الطعام إن أدركه. البرزلي: وهو كأعوان القاضي إن ظهر اللدد من المطلوب فالأجرة عليه وإلاَّ فعلى الطالب. وظاهر ما تقدم لابن رشد أنه من الزوج مطلقاً إن فقد ذلك وتلف اهـ.

٣٨٩ـ وإنْ أتَىٰ الضَّمانُ بالمَهرِ عَلَىٰ ... إطْلاقِهِ فالحَمْلُ صَحَّ مُجْمَلا

(**وإن أتى**) شرط (**الضمان**) فاعل (**في المهر**) يتعلق بالضمان (**على إطلاقه**) في محل نصب حال من المهر (**فالحمل**) مبتدأ وجملة (**صح**) خبره والجملة جواب الشرط (**مجملا**) حال من

(**وإن**) زوج رجل ابنه أو ذو قدر خديمه أو صاحبه وضمن عنه الصداق في نفس العقد و(**أتى الضمان بالمهر على إطلاقه**) بأن لم يبين هل هو على الحمل أي اللزوم له في ماله وذمته ولا يرجع به على الزوج أو على الحمالة فيرجع به إذا أداه عنه كسائر أنواع الضمان (**فالحمل صح**) حال كونه (**مجملاً**) أي فهو محمول على الحمل لا على الحمالة فلا رجوع له، كما إذا صرح بالحمل فإن صرح بالحمالة رجع عليه كما إذا ضمنه بعده فالصور يرجع على الزوج في اثنتين منها (**خ**): ولا يرجع أحد منهم إلا أن يصرح بالحمالة، أو يكون بعد العقد.

واعلم أن هذا الحمل الذي هو في صلب عقد النكاح يلزم الحامل، ولو مات لا أن يفسخ النكاح أو يطلق قبل البناء، فيلزمه النصف فلو زاد الناظم: ويلزم الحامل إن عاش وإن مات إذا ما كان بالعقد قرن. ومثل أنكح ابنتك من فلان وأنا أحمل الصداق. بع سلعتك منه وأنا أحمل الثمن، فما كان في العقد يلزم ولا يحتاج لحيازة وما كان بعده لا بد فيه من الحيازة ويسقط بالموت قبلها كهبة لم تقبض.

الضمان أي: وإن زوج الأب ابنه وذو القدر خديمه أو صاحبه وأتى الضمان ممن ذكر في المهر في عقد النكاح أو قبله حال كون الضمان مجملاً لم يبين كونه على وجه الحمل أو الحمالة وحال كون المهر على إطلاقه عيناً أو عرضاً أو غيرهما فإنه يحمل على الحمل أي اللزوم الذي لا رجوع فيه على الزوج بما أداه لأنه خرج مخرج الصلة والهبة ولا يحمل على الحمالة التي يرجع بما أداه فيها كسائر أنواع الضمان. وفي قوله في المهر بمعنى عند أي عند تقدير المهر وتقديره يكون عند عقد النكاح غالباً، فيفهم منه أن الضمان إذا كان بعد تقدير المهر أي بعد العقد لا يحمل على الحمل بل على الحمالة، وفهم من قوله: فالحمل أنه إذا صرح بالحمل لا رجوع له مطلقاً كان في العقد أو بعده، وأنه إذا صرح بالحمالة كان له الرجوع مطلقاً فإن أتى بلفظ محتمل للحمل والحمالة وغيره كأتحمل بكذا فإن لم يبين مراده لموت ونحوه حمل على الحمل أيضاً. انظر (ز) عند قول (خ) ولا رجوع لأحد منهم إلا أن يصرح بالحمالة أو يكون بعد العقد الخ. ثم إن الحمل أو الضمان الواقعين في العقد أو قبله يلزمان الحامل ولو مات إلا أن يفسخ النكاح أو يطلق قبل البناء فيلزمه النصف وقد نظم ابن رحال المسألة فقال:

أنف رجوعاً عند حمل مطلقا ... حمالة بعكس ذا قد حققا
لفظ ضمان عند عقد الارتجاع ... وبعده حمالة بلا نزاع
وكل ما التزم بعد العقد ... فشرطه الحوز لدى من يجدي

وظاهر النظم ولو كان معلقاً كقوله: إن تزوجت فأنا أتحمل لك بالمهر أو إن تزوجت فلانة فأنا ضامن لك مائة دينار فإن فلس أو مات الملتزم حاص الملتزم له الغرماء بذلك ومثل النكاح البيع فإن قال: بع سلعتك لفلان أو اشتر سلعة كذا وأنا أحمل عنك الثمن فإنه يجري على ما مر. انظر الالتزامات ثم محل النظم إنما هو عند الإبهام، وأما إن شرط الرجوع أو عدمه فلا فرق بين تلك الألفاظ، وظاهره أنه إذا صرح بالحمل لا يقبل منه أنه أراد الحمالة ولو كان مثله لا يفرق بينهما. انظر ما يأتي في البيت بعده فإنه يقتضي أنه يقبل، وانظر ما مرّ في باب الضمان ومحله أيضاً إذا كان في الصحة لا في المرض لقول (خ) وبطل إن ضمن في مرضه عن وارث الخ.

٣٩٠ـ وَنِحْلَةٌ لَيْسَ لَهَا افْتِقَارُ ... إِلَى حِيَازَةٍ وَذَا الْمُخْتَارُ

(ونحلة) مبتدأ وسوغه قصداً لجنس كقولهم: تمرة خير من جرادة وقد يأتي من غير مسوغ أصلاً كقولهم أنت في الحجر لا فيك **(ليس)** فعل ناقص **(لها)** خبرها مقدم **(افتقار)** اسمها مؤخر

فرع: قال في الالتزامات من قال لابنه: إن تزوجت فلك جاريتي هي له إذا تزوج وإن مات الأب أخذها من رأس المال، وإن كان دين حاص بها الغرماء. وقال ابن القاسم: هي له دون الغرماء إن فلس وإن مات أخذها من رأس المال ولم يكن لأهل الدين فيها شيء، ولو قال بدل الجارية مائة دينار كان أسوة الغرماء في الفلس والموت لأنه ليس شيئاً بعينه. قال ابن رشد: وقول ابن القاسم هو الصحيح قال: ومعنى المسألة أنه وهب له الهبة بالتزويج قبل أن يتداين الأب اهـ.

(ونحلة) وهي ما يعطيه والد الزوج ابنه في عقد نكاحه أو والد الزوجة ابنته في عقد نكاحها وينعقد النكاح على ذلك **(ليس لها افتقار إلى حيازة)** فتلزم الناحل وتؤخذ منه ولو مات قبل أن تحاز

(إلى حيازة) يتعلق بقوله افتقار والجملة خبر المبتدأ (وذا المختار) مبتدأ وخبر والنحلة هي ما يعطيه والد الزوج لولده في عقد نكاحه أو والد الزوجة في عقد نكاحها قاله (م) وهو حد قاصر، بل المراد عطية شيء معين انعقد النكاح عليها كانت من والد أحد الزوجين أو غيرهما كما في ابن سلمون، وبقولنا معين يتضح الفرق بين هذا وبين البيت الذي قبله لأن حمل المهر نحلة أيضاً، وعلى كل حال لا يفتقر إلى حيازة على المشهور المعمول به لأنها لما انعقد عليها النكاح صارت كالبيع، وسواء كانت في العقد أو معلقة عليه كقوله: إن تزوجت فلك جاريتي فهي له إذا تزوج، وإذا مات الأب أخذها من رأس المال، وإن كان عليه دين اختص بها دون الغرماء على قول ابن القاسم. وهو الصحيح، لأن المعنى أنه وهب له الهبة بالتزويج قبل أن يتداين الأب قاله ابن رشد. انظر الالتزامات. قال ابن سلمون: وإن كان المنحول مالكاً أمر نفسه وسقط من العقد ذكر القبول لم يضر فانظره، وفهم مما مرّ أن النحلة إذا لم ينعقد عليها النكاح بل كانت قبله أنه لا بد فيها من الحيازة وهو كذلك نص عليه في الكراس الخامس من أنكحة المعيار.

تنبيهات. الأول: ظاهر النظم أنها لا تفتقر لحيازة ولو كانت مما يسكنها الأب، والذي في المتيطية عن غير واحد من الموثقين أن النحلة إن كانت مما يسكنه الأب فلا تتم ولا تصح إلا بخروجه وانتقاله عنها بنفسه وثقله كانت المنحولة بكراً أو ثيباً رشيدة أو سفيهة صغيرة أو كبيرة. قال: وإن كانت بذهب أو فضة أو طعام أو غير ذلك فهي لازمة في ذمة الناحل ويؤخذ بها في حياته وموته اهـ. فظاهره أن هذا تقييد للقول بعدم الافتقار إلى الحيازة لأنه ذكر ذلك بعد أن قرر أن العمل على عدم الافتقار إليها فتأمله. ولا شفعة في هذه النحلة على ما به العمل كما في البرزلي، وسيأتي ذلك إن شاء الله عند قول الناظم: والمنع في التبرعات مفترض الخ. فهي وإن كانت جارية مجرى البيع في عدم افتقارها للحيازة لكن أعطيت حكم الهبة في باب الشفعة.

الثاني: سئل ابن رشد والسائل له عياض عمن نحلت ابنتها ولما طولبت بميراث البنت من أبيها؟ قالت: هو ما أخذت في النحلة فهل تعذر بالجهل ونزلت فلم يعذرها بعض الشيوخ وأفتى بإلزامها المالين. قال المتيطي: وشاركني فيها القاضي ابن منظور، وكان هو الحاكم فيها فملت إلى عذرها لأن الناس اليوم لا يعرفون النحلة ومال القاضي يعني ابن منظور إلى ذلك فرأيته أحلف المرأة أنها ما أرادت بالنحلة إلا ميراثها ونزلت عندي فأردت رأيك فيها. فأجابه ما حكم به القاضي بإشارتك صحيح عندي، وبه أقول فانفذ ذلك من حكمه فيها موفقاً معاناً اهـ باختصار. فقوله: ما حكم به القاضي أي من أنها تعذر وتصدق مع يمينها لأن العرف شاهد لها، وإن خالفت دعواها اللغة. البرزلي: الخلاف في هذه المسألة يجري على معارضة العرف لدليل اللغة، والمشهور تقديم العرف ونقله ابن سلمون أيضاً.

عنه (و) هـ(ـذا) القول هو (المختار).

قال ابن سلمون: وإذا انعقد النكاح على هذه النحلة لم تفتقر إلى حيازة، وقيل: لا بد فيها من الحيازة وبالأول العمل لأنها لما انعقد النكاح عليها صارت بمنزلة البيع اهـ. وقال المتيطي: هو المشهور وعليه العمل وبه الحكم.

الثالث: سئل ابن رشد أيضاً عمن نحل ابنته ثلث مستغل أملاكه أينما كانت في عقد النكاح، واستغل ذلك المنحول مدة من عشرة أعوام فلما توفي الناحل قام ورثته وقالوا: إنما أراد الناحل مدة حياته؟ فأجاب: الذي أقول به في هذه المسألة أن لها ثلث استغلال جميع الأملاك ما بقيت في حياته ولورثته بعد وفاته قياساً على مسألة من وهب خدمة عبده لرجل ولم يقل حياة المخدم ولا حياة العبد أن للمخدم خدمة ما بقي إلا أن يدل دليل أنه أراد حياة المخدم بالفتح. نقل ذلك البرزلي وهو في الزياتي بأبسط من هذا.

الرابع: ما مر في النحلة المعلقة على التزويج أنها تكون للمنحول ويحاص بها إن كانت معينة، معناه إن مات الناحل بعد التزوج لأنه بالموت والفلس انتقل الحق للغير، ففي منتخب الأحكام سمع علي بن زياد عن مالك في رجل أنكح أولاداً له وأعطى كل واحد منهم من ماله في إنكاحه شيئاً معلوماً، وأشهد أن لمن بقي من أولاده الصغار مما لم ينكح في ماله مثل ما أعطى من أنكح منهم ثم مات الأب على ذلك فقال: إن أبرز لهم شيئاً من ماله وأشهد عليه جاز وإلاّ فلا شيء لهم اهـ. ونقله في المفيد وفي المعيار من جواب لمؤلفه أن من نقد صداقاً عن ولده وأعطى لمن لم يتزوج شيئاً في مقابلة ما أعطى لغيره أن ذلك وصية لوارث إن كان في المرض اهـ. فظاهر المنتخب أنه إن لم يبرز شيئاً لا شيء لهم، وإن علق ذلك على تزويجهم كقوله: إن تزوجوا فلهم من الدنانير كذا وهذا غير مخالف لما مرّ في البيت قبله من أنه إذا قال: إن تزوجت فلك مائة دينار لأن ذلك فيما إذا مات أو فلس بعد التزوج وما هنا فيما إذا حصل الموت أو الفلس قبله لأنه بالموت أو الفلس انتقل الحق للغير، فلم يقع المعلق عليه حتى انتقل الحق وهو الذي يدل عليه قوله في الالتزامات في الرجل يقول لابنه: أصلح نفسك وتعلم القرآن ولك قريبتي فلانة فيصلح نفسه ويتعلم القرآن ثم يموت أبوه. قال: لا شيء له إلا إذا أشهد قوماً وأنه إن أصلح نفسه أو تعلم القرآن فله قريبتي أو عبدي فإن ذلك له إذا كان الولد صغيراً في ولاية أبيه، ويكون ذلك حوزاً له أما إذا لم يشهد فيمكن أن يكون قال له ذلك على وجه التحريض اهـ. فالموت في هذه بعد وجود المعلق عليه الذي هو الإصلاح والتعلم فانظر ذلك.

تنبيه: وجدت في بعض التقاييد أن عطية الأب لولده عند ختم القرآن أو ختانه لا تفتقر لحيازة قاله الشعبي فقف عليه اهـ. قلت: وهو غير ظاهر لأن النحلة لما انعقد النكاح عليها فهي معاوضة ولا كذلك الختم والختان المذكوران، اللهم إلا أن يقال معناه ما مرّ من أنه قال له: إن ختمت القرآن، أو يقال إنه جعل ذلك لمعلمه الذي يقرأ عليه فهي حينئذ معاوضة فتأمله.

٣٩١ـ وينفُذُ المَنحُولُ للصَّغيرِ مَعْ أخيهِ في المُشَاعِ إن موتٌ وَقَعْ

(**وينفذ**) بفتح الياء وضم الفاء مبنياً للفاعل ويصح بناؤه للمفعول (**المنحول**) فاعله أو نائبه (**للصغير**) يتعلق به (**مع أخيه**) كذلك وهو بسكون العين (**في المشاع**) في محل نصب على الحال

(**وينفذ المنحول للصغير مع أخيه**) الكبير (**في**) نحل الشيء (**المشاع**) لهما عند نكاح الكبير منهما (**إن موت وقع**) للناحل وإن كانت النحلة بالنسبة للصغير إنما هي عطية محضة وسماها نحلة تغليباً أو بالمعنى اللغوي قال: المشاور أحب إلي أن ينفذ جميع ذلك لأن عقد النكاح في بعضه كالحيازة للجميع كمن تصدق على صغير وكبير اهـ. أي: وحازه الكبير، وكما تبطل الهبة لهما إذا لم

من المنحول (إن) شرط (موت) فاعل بفعل محذوف يفسره (وقع) وجواب الشرط محذوف للدلالة عليه، ومعناه أن المنحول للكبير والصغير شركة بينهما في عقد نكاح الكبير نافذ جميعه للصغير والكبير إذا مات الناحل أباً كان أو غيره ولا تبطل حصة الصغير بعدم الحيازة لأن النكاح لما انعقد على بعض النحلة كان كالحيازة لجميعها كمن تصدق على كبير وصغير أي: وحاز الكبير كما يأتي فعقد نكاح الكبير على بعض المنحول كحيازة الكبير للجميع قاله المشاور. وتبعه الناظم، وقيل: تبطل حصة الصغير إن مات الناحل قبل حيازة الكبير للجميع لأن حصة الصغير محض هبة وشمل قوله الشياع ما إذا أنحلهما جميع داره مثلاً وما إذا أنحلهما نصفها وأبقى النصف الآخر بيده:

فرع: لو اعترف والد الزوجة أن لها أملاكاً وسماها في عقد صداقها فما اعترف به نافذ للبنت مؤكد لحكم الهبة إن كانت سلفت لها ومسقط لحكم الحيازة فيها لتعلق حق الزوج بالاعتراف المذكور وبناء عقده عليه، فإن أمسك الوالد شيئاً من تلك الأملاك بعد بناء الزوج بها وبقيت بيده ينتفع بها إلى أن قامت في الحياة أو بعد الممات خلف يمين القضاء أنها لم تترك لوالدها ذلك حسبة ولا صلة من لدن ملكها أمرها إلى الآن وأنها على طلبها لذلك، وأخذت ذلك الاستغلال منه أو من تركته. نقله الشارح عن ابن لب، ونقل ذلك ابن سلمون بأبسط من هذا فانظره ولا بد.

٣٩٢ـ ومَعْ طَلاقٍ قَبْلَ الابْتِنَاءِ تَثْبُتُ والفَسْخُ مَعْ البِنَاءِ

(ومع طلاق) يتعلق بقوله يثبت **(قبل الابتناء)** في موضع الصفة لطلاق أو يتعلق بـ**(يثبت)** بالبناء للفاعل وفاعله ضمير المنحول **(والفسخ)** بالجر معطوف على طلاق أي ومع الفسخ **(مع البناء)** حال من الفسخ.

٣٩٣ـ والخُلْفُ فِيها مَعْ وُقُوعِ الفَسْخِ فِي تَنَاكُحٍ قَبْلَ البِنَاءِ فَاعْرِفِ

(والخلف) مبتدأ **(فيها)** خبر وهو على حذف مضاف أي في ثبوتها وضميره للنحلة **(مع وقوع الفسخ)** يتعلق بالاستقرار في الخبر **(في تناكح)** يتعلق بالفسخ **(قبل البناء)** يتعلق بالفسخ

يحزها الكبير ولا شفعة في هذه النحلة على المعتمد لأنها كالهبة والصدقة.

فرع: فلو اعترف والد الزوجة أن لها أملاكاً وسماها في عقد صداقها فما اعترف به نافذ للبنت مؤكد لحكم الهبة إن كانت سلفت لها ومسقط لحكم الحيازة فيها لتعلق حكم الزوج بالاعتراف المذكور، وبناء عقده عليه قاله أبو سعيد بن لب. وإذا انعقد النكاح على نحلة ثم وقع فراق بفسخ أو طلاق فإن كان بعد البناء مضت النحلة، وإن كان قبلها مضت في الطلاق واختلف في ردها في الفسخ، وإلى هذا أشار بقوله:

(ومع طلاق قبل الابتناء) وأحرى بعده **(تثبت)** النحلة ولا ترد **(والفسخ مع البناء)** أي وتثبت في الفسخ أيضاً بعد البناء **(والخلف فيها مع وقوع الفسخ في تناكح قبل البناء)** فقال ابن العطار: تبطل وتعود للناحل، وقال غيره: لا تبطل كالطلاق **(فاعرف)** الحكم في ذلك.

أيضاً أو حال منه (فاعرف) أمر من عرف مفعوله محذوف أي ذلك الحكم المذكور. والمعنى أن النكاح إذا وقع على نحلة فطلق الزوج قبل البناء أو فسخ بعده، فإن النحلة ثابتة للمنحول وإن كان الفسخ قبل البناء فقولان، قيل للناحل وقيل للمنحول، وبه العمل. قال في المتيطية: وإن أنحل ذلك النكاح الذي فيه النحلة بطلاق أو غيره كموت الزوج أو فسخ لفساد عقده أو صداقه فالنحلة ثابتة للبنت لأن ذلك حق وجب لها، وكذلك إن ماتت البنت فللزوج ميراثه في النحلة. وقاله الشيخان أبو بكر بن عبد الرحمن وأبو عمران، وبه القضاء والفتيا. وقال غيرهما: إذا انفسخ النكاح قبل البناء رجعت النحلة للأب كالذي تحمل الصداق عن ابنه الكبير، ثم يطلق قبل البناءان نصف الصداق يرجع إلى الأب اهـ. وأشار إلى ذلك ناظم العمل المطلق بقوله:

وهي لمن نحلها وإن عرض طلاق أو فسخ وموت من مرض

قوله: نحلها يقرأ بضم النون وكسر الحاء مبنياً للمفعول.

فرع: قال في الميتطية أيضاً: إن استحقت النحلة أو بعضها قبل البناء خير الزوج فإن شاء دخل ولا يخفف عنه شيء من الصداق أو فارق ولا شيء عليه، وإن كان دخل بها فاختلف فقيل لا قيام له في ذلك للناكح، وقيل للمرأة صداق مثلها على قدر ما بقي في يدها من مالها أو من النحلة. ابن الهندي: وبهذا جرى العمل اهـ. وبه أفتى ابن هلال فيمن رفع صداق زوجته المنحولة خادماً فلم تثبت النحلة كما في العمل المطلق. زاد في المتيطية إثر ما مر ما نصه فإن قال الأب: لابنتي كذا ولم يقل إنه نحلها ذلك فلم يلف ذلك لم يلزم الأب شيئاً وهي كذبة كذبها كما لو قال عن ابنته إنها بيضاء جميلة فوجدها سوداء ولا يخفف عن الزوج لأنه لو شاء بحث عنها اهـ.

قلت: هذا لا يعارض ما مرّ عن ابن لب قبل هذين البيتين كما لا يخفى ولا ما قبله يليه من أن من رفع الصداق لزوجته المنحولة خادماً الخ. لأن معنى قوله: لم تثبت النحلة أي استحقت ونحو ذلك لا أنها لم توجد النحلة والله أعلم.

فصل (في تداعي الزوجين) وقوله: (وما يلحق به)

الصواب إسقاطه لأن المراد أحكام تداعي الزوجين ولم يذكر غير ذلك قاله (ت). واعلم أن تداعي الزوجين إما في أصل الزوجية ولم يذكره الناظم وأشار له (خ) بقوله: إن تنازعا في الزوجية تثبت ببينة ولو بالسماع بالدف والدخان وإلاَّ فلا يمين الخ وأما في قدر المهر أو صفته أو

فرع: فإن كان الناحل للبنت عند الزواج غير أبيها وطلقت قبل البناء وسكت الأب عن طلب النحلة مدة لم يضر سكوته، ولم تسقط بذلك على المشهور المعمول به من عدم افتقار النحلة للحيازة قاله أبو سعيد. انظر الشارح.

فصل في تداعي الزوجين وما يلحق به

الصواب إسقاطه لأن المراد أحكام التداعي ولم يذكر غير ذلك. واعلم أن تداعي الزوجين واختلافهما إما في أصل الزوجية ولم يتكلم عليه الناظم وإما في قدر المهر وإليه أشار بقوله: (الزوج

نوعه فأشار إلى الآخرين بقوله الآتي: والنوع والوصف إذا ما اختلفا الخ. وإلى الأول أشار بقوله:

٣٩٤ـ الزَّوْجُ والزَّوْجَةُ مَهْمَا اخْتَلَفَا فِي قَدْرِ مَهْرٍ والنِّكَاحُ عُرِفَا

(**الزوج والزوجة**) مبتدأ ومعطوف (**مهما**) اسم شرط (**اختلفا**) فعله (**في قدر مهر**) يتعلق به (**والنكاح عرفا**) مبتدأ وخبر والجملة حال من فاعل اختلفا، وجواب الشرط محذوف أي ففي ذلك تفصيل، والجملة من الشرط والجزاء خبر المبتدأ.

٣٩٥ـ فَإِنْ يَكُنْ ذٰلِكَ مِنْ قَبْلِ البِنَا فَالقَوْلُ لِلزَّوْجَةِ قَدْ تَعَيَّنَا

(**فإن**) شرط (**يكن**) فعله (**ذلك**) اسم يكن (**من قبل البنا**)ء خبرها (**فالقول**) مبتدأ (**للزوجة**) يتعلق بالخبر الذي هو (**قد تعينا**) وألفه للإطلاق.

٣٩٦ـ مَعَ اليَمِينِ إنْ تَكُنْ لَمْ تُحْجَرِ وَعَاقِدٌ يَحْجُرُهَا بِهَا حَرِي

(**مع اليمين**) حال من ضمير تعين (**أن تكن**) شرط واسمه ضمير الزوجة (**لم تحجر**) خبره (**وعاقد**) مبتدأ سوغه العمل أي عاقد عليها (**لحجرها**) اللام للتعليل تتعلق بعاقد(**بها**) يتعلق بقوله(**حري**) الذي هو خبر عن عاقد أي حقيق بتلك اليمين.

٣٩٧ـ وبَعْدَ ذَا يَحْلِفُ زَوْجٌ أَنْكَرَا ثُمَّ يَكُونُ بَعْدَهَا مُخَيَّرَا

(**وبعد ذا**) يتعلق بقوله: (**يحلف زوج**) فاعل (**أنكرا**) صفة له (**ثم**) عاطفة وجملة (**يكون بعدها مخيرا**) معطوفة على جملة يحلف.

٣٩٨ـ في دَفْعِ ما كانَ عَلَيْهِ القَسَمُ أوِ الفُرَاقِ دُونَ شَيْءٍ يَلْزَمُ

والزوجة مهما اختلفا في قدر مهر بأن قالت هي مائة وقال الزوج ثمانون (**والنكاح عرفا**) أي لا نزاع فيه بينهما (**فإن يكن ذلك**) الاختلاف (**من قبل البنا**)ء يريد وقبل الموت والطلاق، ولذا أصلحه ولده بقوله: إن كان ذا قبل الفراق والبناء (**فالقول للزوجة قد تعينا مع اليمين**) منها (**إن تكن لم تحجر**) أي إن كانت رشيدة لا حجر عليها (و) إلا ف(**عاقد**) عليها (**لحجرها بها حري**) أي حقيق باليمين المذكورة لأنه الذي تولى العقد عليها فإن نكل غرم لها الزائد على ما قاله الزوج بتفريطه بترك الإشهاد عليه (**وبعد ذا**) أي وبعد حلف الزوجة (**يحلف زوج أنكرا**) ما ادعته الزوجة من المائة مثلاً (**ثم**) بعد يمينه (**يكون بعدها مخيراً في دفع ما كان عليه القسم**) منها وهو المائة (**أو الفراق دون شيء يلزم**) من الصداق. وما ذكره المصنف من أن تخيير الزوج بعد حلفه هو ما في الواضحة لابن حبيب، ومذهب المدونة أنه يخير إذا حلفت الزوجة بين أن يدفع لها ما قالت: فلا يمين عليه أو يحلف ويفسخ النكاح ولا شيء عليه، ولذا قال الشارح: واعلم أن الشيخ رحمه الله لم ينقح هذه الأبيات الثمانية كل التنقيح، وقد كان إصلاحها سهلاً على ما يظهر مع زيادة بيت واحد، وذكر ما تقدم من قوله:

إن كان ذا قبل الفراق والبنا

قال ثم يقول مكان البيت الرابع:

(في دفع) يتعلق بقوله مخيراً (ما) موصول مضاف إليه (كان) صلته (عليه) خبرها مقدم (القسم) اسمها مؤخر (أو الفراق) بالجر معطوف على دفع (دون شيء) في محل الحال من الفراق (يلزم) صفة لشيء.

٣٩٩ـ وإنْ تَرَاضَيا عَلَى النِّكاحِ   فَفِي الأَصَحِّ الرَّفْعُ لِلْجُنَاحِ

(وإن تراضيا) شرط وفعله (على النكاح) يتعلق به (ففي الأصح) الفاء جواب الشرط وفي الجارة متعلقة بمحذوف خبر عن قوله (الرفع للجناح) يتعلق بالرفع والجناح بضم الجيم الإثم قاله في القاموس.

٤٠٠ـ وفي انْفِسَاخٍ حَيثُ يُفقَدُ الرِّضَا   بِطَلْقَةٍ واحِدَةٍ جَرَى القَضَا

(وفي انفساخ) يتعلق بجرى القضاء آخر البيت وكذا قوله: (حيث) وجملة (يفقد الرضا) بالبناء للمفعول في محل جر بإضافة حيث (بطلقة) يتعلق بجرى القضاء أيضاً (واحدة) صفة لطلقة (جرى القضا)ء فعل وفاعل، والتقدير جرى القضاء بطلقة واحدة في انفساخ النكاح حيث يفقد الرضا.

٤٠١ـ وتأْخُذُ الزَّوْجَةُ مَعْ نُكُولِهِ   مَا يَقْتَضِيهِ الْحَلْفُ في حُلُولِهِ

(وتأخذ الزوجة) فعل وفاعل (مع نكوله) يتعلق بتأخذ (ما) مفعول بتأخذ (يقتضيه الحلف) جملة من فعل وفاعل صلة والحلف بفتح الحاء وسكون اللام مصدر حلف إذا أقسم ويأتي مصدره على فعل بكسر العين (في حلوله) يتعلق بيقتضيه وضميره للحلف وهو مصدر حل إذا نزل ووقع أي: تأخذ مع نكوله ما يقتضيه الحلف عند نزوله ووقوعه.

ثم يكون زوجها مخيرا   في دفعه المهر الذي قد أنكرا
أو اليمين وإذا ما يقسم   كان الفراق دون شيء يلزم

ثم يزيد بيتاً يكون نصه:

أو كان بعد موته أو فرقته   القول قول الزوج دون زوجته

وبهذا لا ينقص شيئاً عما في المدونة (وإن تراضيا) قبل الفسخ (على النكاح) بما قالته هي أو قاله هو (ففي الأصح الرفع للجناح) أي لا جناح ولا إثم في تراضيهما بقول أحدهما بناء على أن النكاح لا ينفسخ بتمام التحالف وهو قول ابن حبيب والقاضيين ابن القصار وعبد الوهاب بن محرز وهو أصوب التوضيح، وبه جرى عمل الأندلسيين ومقابل الأصح لسحنون ينفسخ النكاح بمجرد تمام التحالف كاللعان وعليه فلا يصح تراضيهما إلا يعقد جديد بولي وشهود. (وفي انفساخ حيث يفقد الرضا بطلقة واحدة جرى القضا) أي: وإن لم يتراضيا ولا رجع أحدهما لقول الآخر وانفسخ النكاح فالذي جرى به القضاء في فسخه أنه يفسخ بطلاق فقوله في انفساخ متعلق بجرى، فإن نكل الزوج وحلفت أخذت جميع ما قالته من المائة وهو قوله: (وتأخذ الزوجة مع نكوله) وحلفها (ما يقتضيه الحلف) أي حلفها (في حلوله) ووقوعه وهو المائة فإن نكلت وحلف هو لزمها النكاح بما قال من الثمانين مثلاً ولو شاء أن ينبه عليه لقال:

كما لها هي إذا ما نكلت   من مهرها ما قال دون ما ادعت

٤٠٢- والحُكْم في نُكُولِ كُلٍّ مِنْهُمَا بِمَا بِهِ بَعْدَ اليَمِينِ حُكِمَا

(**والحكم**) مبتدأ (**في نكول كل**) يتعلق به (**منهما**) صفة لكل (**بما**) خبر المبتدأ (**به بعد اليمين**) يتعلقان بقوله (**حكما**) والجملة صلة ما.

٤٠٣- وقيلَ بَلْ نُكُولُهُ مُصَدِّقٌ لِمَا ادَّعَتْهُ زَوْجَةٌ مُحَقِّقٌ

(**وقيل**) مبني للمفعول ونائبه ضمير القول كقوله تعالى: ﴿**وحيل بينهم**﴾ [سبأ: ٥٤] (**بل**) للإضراب (**نكوله**) مبتدأ (**مصدق**) خبره (**لما**) يتعلق بمحقق آخر البيت (**ادعته زوجة**) فعل وفاعل صلة ما (**محقق**) بكسر القاف المشددة خبر ثان عن نكوله.

وحاصل معنى هذه الأبيات العشر أنهما إذا اختلفا في قدر المهر والنكاح معروف ببينة أو إقرار من يصح إقراره من مجبر أو غيره أي مع وجود توكيل ذلك الغير على ذلك النكاح، فإن كان اختلافهما قبل البناء بأن قال هو مائة، وقالت بل مائتان فالقول للزوجة بيمينها إن كانت مالكة أمر نفسها وإن كانت محجورة فاليمين على العاقد عليها لأنه هو الذي تولى العقد والمعاملة، وقد فرط بعدم الإشهاد فإن نكل غرم للمرأة الزائد على ما قال الزوج، وظاهره أن القول لها قبل البناء ولو بعد الطلاق أو الموت وليس كذلك، ولذا أصلح ولده الشطر الأول من البيت الثاني بقوله: إن كان ذا قبل الفراق والبنا. ثم إذا حلفت الرشيدة أو العاقدة على المحجورة على المائتين في المثال المذكور حلف الزوج المنكر لدعواها أنه إنما تزوج بمائة ثم يكون مخيراً بعد يمينه في دفع ما حلفت عليه أو حاجرها وهو المائتان أو يطلق ولا شيء عليه، وظاهر النظم أو صريحه أنه إنما يخير بعد يمينه، وهذا مذهب ابن حبيب والذي في المدونة وهو المعتمد أنه يخير إذا حلفت الزوجة بين أن يدفع ما قالت فلا يمين عليه أو يحلف ويفسخ النكاح، بل ظاهر المدونة أنه يخير قبل حلف الزوجة لكن بين إتمام ما ادعت أو تحالفهما والفسخ، ولذا قال ولده: اعلم أن الشيخ رحمه الله لم ينقح هذه الأبيات كل التنقيح وقد كان إصلاحها سهلاً على ما يظهر مع زيادة بيت واحد يشتمل على مفهوم قوله قبل الفراق والبناء على ما مر من الإصلاح فيقول مثلاً مكان البيت الرابع:

ثم يكون زوجها مخيرا في دفعه المهر الذي قد أنكرا
أو اليمين وإذا ما يقسم كان الفراق دون شيء يلزم

ثم يزيد بيتاً يكون نصه:

أو كان بعد موتها أو فرقته فالقول قول الزوج دون زوجته

فإن نكلا معاً فأشار له بقوله: (**والحكم في نكول كل منهما**) مبتدأ خبره كائن (**بما به بعد اليمين حكما**) والذي حكم به بعد اليمين من كل منهما هو الفسخ وهذا أحد قولين، والثاني ما أشار له بقوله: (**وقيل بل نكوله**) أي الزوج (**مصدق لما ادعته زوجة**) له من الأكثر (**محقق**) له خبر بعد خبر. ابن عرفة: وفي كون نكولهما كحلفهما أو يكون القول قول المرأة قولان، والأول أحسن اهـ. وهذا كله إذا أشبهت دعواهما أو لم يشبه واحد منهما، فإن انفرد واحد منهما بالشبه فهل يكون الحكم كذلك يتحالفان ويتفاسخان أو يقضي لمدعي الأشبه بيمينه؟ قولان لمالك وهو معنى قوله:

ثم يقول: وإن تراضيا الخ. لكن ذلك الذي زاده الشارح هو قول المصنف الآتي: والقول قول الزوج فيما عينا الخ. فوجه تورك ولده عليه أنه أسقط منه الفراق كما أسقطه ههنا. وقول الناظم: فالقول للزوجة الخ. يعني تبدأ باليمين بدليل قوله: وبعد ذا يحلف زوج أنكرا الخ. وليس مراده أن الزوجة تستحق ما ادعت بمجرد يمينها كما قد يتبادر فلا مخالفة بين كلامه وبين كلام (خ) وغيره، ثم إذا حلفا معاً على ما لابن حبيب أو على مذهب المدونة ثم تراضيا على البقاء بأن رجع أحدهما لقول الآخر بعد حلفهما وقبل الحكم بفسخه فلهما ذلك بناء على أن النكاح لا ينفسخ بتمام التحالف وهو المعتمد خلافاً لسحنون في أنه ينفسخ بتمام التحالف كاللعان، وعليه فلا يصح تراضيهما إلا بعقد جديد وهو مقابل الأصح في النظم وإن لم يتراضيا بعد حلفهما على بقاء النكاح ولا يرجع أحدهما لقول الآخر، فالذي جرى به القضاء والعمل أنه يفسخ بطلقة واحدة فإن نكلت الزوجة وهي رشيدة لزمها النكاح وتقدم ما إذا نكل حاجرها، وأما إن نكل الزوج بعد يمينها فهو قوله: وتأخذ الزوجة الخ، أي إن حلفت الزوجة أو حاجرها أو نكل الزوج أخذت ما يقتضيه حلفها وهو المائتان في المثال المذكور فإن نكلا معاً ولم يرجع أحدهما لقول الآخر فالفسخ بطلقة على الأصح إن حكم الحاكم به وهو معنى قوله: بما به بعد اليمين حكماً. ومقابل الأصح أن نكوله مصدق محقق لما ادعته وهو معنى قوله: وقيل الخ. وإنما لم يكن النكول هنا تصديقاً للناكل الأول على الأصح لأن اليمين توجهت عليهما معاً ابتداء وبدأت الزوجة لأنها بائعة، وإنما يكون النكول تصديقاً للأول إذا توجهت على أحدهما هذا هو الظاهر فتأمله. وقولي في أصل التقرير: ببينة أو إقرار الخ. أما الإقرار فظاهر، وأما البينة فكذلك أيضاً لأنها قد تشهد بالنكاح دون قدر المهر إما لنسيانها إياه أو لعدم تعرض المتناكحين له، وقد تقدم عند قوله: ولم يحقق عند ذاك العددا الخ. أن الشهادة لا تسقط بعدم تعرضها للمهر في النكاح أو للثمن في البيع على الراجح، ثم إن محل ما مر إذا أشبهت دعواهما أو لم يشبه واحد منهما فإن انفرد أحدهما بالشبه هو قوله.

٤٠٤ـ وَحَيْثُما ادُّعِي ما قَدْ يُنْكَرُ تَرَدُّدُ الإِمامِ فِيهِ يُؤْثَرُ

(**وحيثما**) اسم شرط (**ادعي**) بالبناء للمفعول (**ما**) نائب (**قد ينكر**) صلته (**تردد**) مبتدأ (**الإمام**) مضاف إليه (**فيه**) يتعلق بالخبر الذي هو (**يؤثر**) والجملة من المبتدأ والخبر جواب الشرط وحذفت الفاء منه على حد قوله: من يفعل الحسنات الله يشكرها.

٤٠٥ـ فَقَالَ يَحْلِفَانِ والنِّكَاحُ بَيْنَهُمَا الفَسْخُ لَهُ يُتَاحُ

(**فقال**) فاعله ضمير يعود على الإمام (**يحلفان**) فعل وفاعل (**والنكاح**) مبتدأ (**بينهما**) يتعلق بالمبتدأ الثاني الذي هو (**الفسخ**) وقوله (**له**) يتعلق بخبر الثاني الذي هو (**يتاح**) بالتاء المثناة فوق بعد الياء المثناة تحت، ومعناه يقضي. وفي بعض النسخ يباح بالباء الموحدة بعد الياء، والجملة من الثاني وخبره خبر الأول، والجملتان من يحلفان وما بعده محكيتان بالقول:

(**وحيثما ادعي**) من إحداهما فقط (**ما قد ينكر**) ومن الآخر ما شبه (**تردد الإمام فيه يؤثر**) يروى (**فقال**) مرة (**يحلفان والنكاح بينهما الفسخ له يتاح**) بالمثناة فوق أي يعطى، وفي نسخة بالموحدة تحت

٤٠٦ـ وَجَعَلَ القَوْلَ لِمَنْ جاءَ بِما يُشْبِهُ وارْتَضاهُ بَعْضُ العُلَمَا

(وجعل) معطوف على قال وضميره للإمام أيضاً (القول) مفعول أول (لمن) مفعول ثان بجعل (جاء) صلة من وفاعله ضمير هو الرابط (بما يشبه) يتعلق بجاء (وارتضاه بعض العلما)ء فعل وفاعل ومضاف إليه، والجملتان من قال: وجعل الخ. تفصيل لقوله: تردد فهما كبدل مفصل من مجمل. والمعنى أن أحد الزوجين إذا ادعى ما يشبه من الصداق قلة وكثرة، وادعى الآخر ما لا يشبه فإن الإمام مالكاً رحمه الله تردد قوله في ذلك فقال مرة: يتحالفان ويفسخ النكاح بينهما وتبدأ المرأة باليمين على نحو ما مرّ فيما إذا أشبها معاً أو لم يشبها معاً. وقال مرة أخرى: القول قول من ادعى الأشبه وارتضاه بعض العلماء وهو اللخمي قائلاً هو الصواب لأن ذلك دليل كالشاهد يحلف معه من قام له ذلك الدليل كسائر أبواب الفقه، واعتمد ترجيح اللخمي غير واحد، ثم أشار إلى ما إذا كان اختلافهما في النوع أو الوصف فقال:

٤٠٧ـ والنَّوْعُ والْوَصْفُ إذَا ما اخْتَلَفَا فِيهِ لِلاخْتِلافِ فِي القَدْرِ اقْتَفى

(والنوع) مبتدأ (والوصف) معطوف عليه (إذا) ظرف مضمن معنى الشرط خافض لشرطه منصوب بجوابه (ما) زائدة (اختلفا) فعل وفاعل في محل جر بإضافة إذا (فيه) يتعلق به وضميره يرجع للنوع والوصف باعتبار ما ذكر أو لكون الواو في المعطوف بمعنى أو، والمعطوف بأو لا تجب فيه المطابقة كقوله تعالى: ﴿وإذا رأوا تجارة أو لهواً انفضوا إليها﴾ [الجمعة: ١١] (للاختلاف) يتعلق باقتفى آخر البيت (في القدر) يتعلق باختلاف (اقتفى) بمعنى اتبع وضميره المستتر يعود على الاختلاف المفهوم من اختلفا، والجملة جواب إذا، والجملة من الشرط والجواب خبر المبتدأ، والمعنى أن اختلافهما في النوع قبل الفراق والبناء كقوله: بثوب. وتقول هي بل بعبد أو في الوصف كقوله: بعبد تركي وتقول هي بزنجي تابع للاختلاف في القدر فيتحالفان ويفسخ النكاح بينهما إن لم يرجع أحدهما لقول الآخر، وينظر للشبه على الراجح من القولين كما مرّ في القدر إلا أنه يقتضي بظاهره أنه ينظر للشبه حتى في النوع وليس كذلك بل يتحلفان ويتفاسخان فيه مطلقاً، فالمراد بالنوع في النظم الجنس إذ الفقهاء لا يفرقون بين النوع والجنس بل يعبرون بكل منها موضع الآخر ولا يعتبرون في ذلك اصطلاح المناطقة، وإذا وجب التحالف بالاختلاف في الصفة كهروي ومروي وزنجي وتركي فأحرى في النوع كثياب قطن وثياب كتان ومحل ذلك إذا تساوت قيمة ما يدعيه أحدهما بقيمة الآخر، وإلا كان من الاختلاف في القدر، ولذا لم يمثلوا

(وجعل) مرة (القول لمن جاء بما يشبه وارتضاه بعض العلما) وهو اللخمي قائلاً: وهو أصوب لأن ذلك دليل كالشاهد يحلف معه من قام له ذلك الدليل، وأما أن يكون اختلافهما في النوع كأن يقول بثوب وتقول هي بمائة أو في الوصف، كأن تقول بعبد تركي ويقول هو بعبد زنجي، فالحكم ما تقدم بعينه، وإلى ذلك أشار بقوله: (والنوع والوصف إذا ما اختلفا فيه للاختلاف في القدر اقتفى) أي تبع فتحلف هي ويحلف الزوج لم يفسخ العقد إن لم يرض بما قالته. ابن عرفة: وإن اختلفا في نوعه قبل البناء فللخمي مع ما تقدم لابن رشد تحالفا وتفاسخا. ابن الحاجب: وإذا تنازعا في قدر المهر أو صفته قبل البناء من غير موت ولا طلاق تحالفا وتفاسخا ويجري الرجوع للأشبه وانفساخ النكاح بتمام التحالف وغيره كالبيع ومثله في (خ) وتقدم ذلك.

للاختلاف في الوصف بالجيد والرديء لأنه راجع للاختلاف في القدر والله أعلم.

ثم أشار إلى مفهوم قوله: فإن يكن ذلك من قبل البناء فقال:

٤٠٨ـ والْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ فيما عُيِّنَا مِنْ قَدْرِهِ مَعْ حَلْفِهِ بَعْدَ البِنَا

(والقول) مبتدأ (قول الزوج) خبر (فيما) يتعلق به (عينا) بالبناء للفاعل صلة ما والعائد محذوف أي عينه (من قدره) بيان لما (مع) بسكون العين يتعلق بالخبر أيضاً (حلفه) مضاف إليه وهو بفتح الحاء مصدر حلف إذا أقسم حلْفاً وحلِفاً بسكون اللام في الأول وكسره في الثاني، وأما الحِلف بكسر الحاء فهو العهد يكون بين القوم وقد حالفه أي عاهده وتحالفوا تعاهدوا قاله الجوهري كما مرّ (بعد البنا)ء يتعلق بقوله عيناً أي ومثله الفراق بطلاق أو موت كما مرّ، وإنما كان القول للزوج في اختلافهما في القدر بعد البناء لأن البناء ونحوه فوت، وقد مكنته مع البناء من نفسها فصارت مدعية وهو مقر لها بدين فالقول له مع يمينه، ومثل الاختلاف في القدر بعد البناء الاختلاف في الصفة كما يأتي، وظاهر النظم أنه لا ينظر هنا لشبه وهو كذلك فإن نكل حلفت وأخذت ما حلفت عليه كما قال:

٤٠٩ـ وَتَحْلِفُ الزَّوْجَةُ إنْ لَمْ يَحْلِفِ وَتَقْتَضِي مَا عَيَّنَتْ بِالْحَلْفِ

(وتحلف الزوجة) فعل وفاعل (إن لم يحلف) شرط وفعله حذف جوابه للدلالة عليه (وتقتضي) فاعله ضميرالزوجة (ما) مفعول به (عينت) صلة ما عائده محذوف أي عينته (بالحلف) يتعلق به هذا هو المشهور. وقال ابن حبيب: يتحالفان مع بقاء العصمة ويجب صداق المثل، وقيل: إن اختلفا في الصفة فكما قال ابن حبيب. وإن اختلفا في القدر فكالمشهور حكى ذلك ابن الحاجب.

٤١٠ـ وإنْ هُمَا تَحَالَفَا في نَوْعِ مَا أُصْدِقَ مَا كَانَ فَحَلْفاً أُلْزِمَا

(وإن هما) فاعل بفعل محذوف يفسره (تحالفا في نوع) يتعلق به (ما) مضاف إليه (أصدق) بالبناء للفاعل أو المفعول صلة ما ويجوز أن تكون مصدرية وهو أظهر (ما) نكرة خبر عن قوله (كان) الناقصة، والجملة حال من الموصول أو من المصدر المؤول أي، وإن هما تحالفا بعد البناء ونحوه في نوع الصداق حال كون الصداق أياً كان مما يصدق للنساء عادة كالدراهم والثياب أو

ثم أشار إلى مفهوم قوله فإن يكن ذلك من قبل البناء فقال: (والقول قول الزوج فيما عينا من قدره) حيث خالفته فيه وادعت أكثر (مع حلفه بعد البنا)ء متعلق بقوله عينا ابن الحاجب: لأنه فوت وقال المتيطي، قال ابن القاسم: لأنها مكنته من نفسها فصارت مدعية، فالقول له مع يمينه فإن نكل حلفت وكان لها ما حلفت عليه كما قال الناظم: (وتحلف الزوجة إن لم يحلف) الزوج (وتقتضي ما عينت بالحلف) هذا هو المشهور، وقال ابن حبيب: يتحالفان مع بقاء العصمة ويجب صداق المثل، وقيل: إن اختلفا في الصفة فما قال ابن حبيب: وإن اختلفا في القدر فكالمشهور، وأما إن يكون الاختلاف في الجنس، فإن كان قبل البناء حلفا وفسخ ولا ينظر هنا لشبه وإن كان بعد البناء فهو ما أشار إليه بقوله: (وإن هما تحالفا) بعد البناء (في نوع) أي جنس (ما أصدق ما كان) أي: أي شيء كان بأن قالت: دراهم. وقال: عرضاً (فحلفا ألزما) معاً ونكولهما كحلفهما ويقضي للحالف على

لا كالخشب والجلود (فحلفاً) مفعول ثان بقوله (أُلزما) ونائبه ضمير التثنية هو المفعول الأول والفاء جواب الشرط أي فيلزمان معاً الحلف ونكولهما كحلفهما ويقضي للحالف على الناكل (و) إذا حلفا أو نكلا.

٤١١- وَفِي الأَصَحِّ يَثْبُتُ النِّكَاحُ وَمَهْرُ مِثْلِهَا لَهَا مُبَاحُ

ف(في) القول (**الأصح يثبت النكاح**) فلا يفسخ وقيل بل يفسخ (و) على كل منهما (**مهر مثلها لها مباح**) وهذا ما لم يزد مهر مثلها على دعواها وإلاّ أعطيت ما ادعته فقط وما لم ينقص عن دعواه وإلا لزمه ما أقر به، ولقد أجاد (خ) في اختصار ما أشار له الناظم في هذا الفصل حيث قال: وفي قدر المهر أو صفته أو جنسه حلفاً وفسخ والرجوع للأشبه وانفساخ النكاح بتمام التحالف وغيره كالبيع إلا بعد بناء أو طلاق أو موت فقوله: بيمين في القدر والصفة ورد للمثل في جنسه ما لم يكن ذلك فوق قيمة ما ادعته أو دون دعواه، وثبت النكاح. ولا كلام لسفيهة الخ فقوله: وغيره بالرفع عطف على قوله: والرجوع للأشبه الخ. والخبر قوله: كالبيع ومعناه أنه شبيه بالبيع في الجملة فإذا أشبه أحدهما فإنه يعمل بقوله في القدر والصفة لا في الجنس كما يعمل بذلك في البيع وإن كان محل الشبه مختلفاً لأنه يعمل به هنا إذا لم يحصل فوات ببناء أو فراق ولا ينظر له بعد الفوات بذلك. وفي البيع يعمل به بعد الفوات لا قبله كما أشار له بقوله وصدق مشتر ادعى الأشبه وحلف إن فات الخ. وقوله: فقوله بيمين في القدر والصفة أي وإن لم يشبه. وقوله: ورد للمثل في جنسه أي بعد حلفهما أو نكولهما ويقضي للحالف على الناكل ولا ينظر لشبه أيضاً. وقوله: ولا كلام لسفيهة أي في شيء من فصول التنازع ولا مفهوم لسفيهة بل السفيه كذلك، وإنما الكلام لوليهما ولو حاكماً فلو قال لذي حجر كان أولى فتحصل أن النكاح يعتبر فيه الشبه قبل الفوات في القدر والصفة لا بعده فيهما ولا في الجنس مطلقاً، واعتراض ابن رحال ههنا على الناظم وشراحه بأن الشبه لا ينظر له قبل الفوات بما ذكر مطلقاً، وإنما ينظر له بعد الفوات في القدر والصفة فقط لا في الجنس إجراء لما هنا على ما يأتي في البيع لا يعول عليه. قال مؤلفه سامحه الله: وقد أطنب الناظم رحمه الله في هذا الفصل مع الإخلال ببعض القيود فلو قال رحمه الله:

والمهر إن في قدره تخالفا	أو نوعه أو وصفه تحالفا
والفسخ فيه بعد حيث يحكم	به ولا للزوج شيء يلزم
وإن بدا النكول من كليهما	فالفسخ إن توافقا قد عدما
وتبدأ المرأة باليمين	أو قائم مقامها في الحين
وذا إذا قبل الفراق والبنا	وبعد قول زوجها تعينا

الناكل (**وفي الأصح يثبت النكاح**) ومقابله يفسخ (و) على كليهما (**مهر مثلها لها مباح**) وهذا ما لم يزد مهر مثلها على دعواها وإلا أعطيت ما ادعت فقط ولم ينقص عن دعواه، وإلا لزمه ما أقرّ به (خ) إلا بعد بناء أو طلاق أو موت فقوله: بيمين ورد للمثل في جنسه ما لم يكن ذلك فوق قيمة ما ادعت أو دون دعواه.

في القدر والجنس وفي الوصف يحق تحالف ومهر مثل تستحق
ومشبه في القدر والوصف رجح إن قبل لا بعد وفي الجنس اتضح
ويثبت النكاح في البعدي هب تحالف الكل أو البعض وجب

فقولنا: تحالفا أي ويقضي للحالف على الناكل إذ لا فائدة لطلب التحالف إلا ذاك، ويفهم منه أن الولي يقوم مقام السفيه لأنه متولي العقد فيحلف لأنه مفرط بعدم الإشهاد كما مرّ. وقولنا: إن توافقا الخ هذا القيد حذف من التحالف لدلالة هذا عليه أي: إنما يحكم بالفسخ بعد التحالف أو النكول إن عدم التوافق وهو رجوع أحدهما لقول الآخر، والأصح النكاح. ويفهم من ذلك أن كلاً منهما مخير في أن يرجع إلى قول الآخر قبل الحلف أو بعده، والإشارة بذا من قولنا: وذا إذا الخ. راجعة الفقه السابق أي: وهذا الفقه إذا كان التحالف والنزاع قبل الفراق والبناء الخ. فحذفت كان مع اسمها. وقولنا: ومشبه الخ. هو على حذف مضاف أي: وقول مشبه رجح. وفي التخالف في القدر والوصف إن اتضح ذلك التخالف قبل ما ذكر لا بعده فيهما ولا في الجنس مطلقاً فقوله: وفي الجنس معطوف على الظرف مدخول للنفي وتقرأ الياء من البعدي بالتشديد والله أعلم.

فصل في الاختلاف في القبض

لنقد الصداق أو كالئه واختلافهما في ذلك إما قبل البناء أو بعده.

٤١٢ـ وَإِنْ هُمَا قَبْلَ البِنَاءِ اخْتَلَفَا فِي القَبْضِ لِلنَّقْدِ الَّذِي قَدْ وُصِفَا

(**وإن**) شرط (**هما**) فاعل بفعل محذوف يفسره ما بعده (**قبل البناء**) يتعلق بقوله (**اختلفا**) والألف فاعل (**في القبض**) يتعلق به أيضاً (**للنقد**) يتعلق بالقبض (**الذي**) صفة للنقد (**قد وصفا**) صلته ونائبه هو الرابط وألفه للإطلاق.

٤١٣ـ فَالْقَوْلُ لِلزَّوْجَةِ وَالْيَمِينُ أَوْ لِلَّذِي فِي حَجْرِهِ تَكُونُ

(**فالقول**) مبتدأ (**للزوجة**) خبر (**واليمين**) مبتدأ والخبر محذوف أي عليها (**أو للذي**) معطوف على الخبر المقدر واللام بمعنى على (**في حجره**) يتعلق بقوله (**تبين**) وفاعله ضمير الزوجة والجملة صلة والرابط الضمير في حجره، والجملة حال من ضمير الاستقرار في الخبر، ويجوز أن يكون تبين خبراً عن اليمين، وفي حجره خبر عن مضمر صلة أي واليمين تبين عليها أو على الذي هي في حجره، والضمير في قوله: اختلفا راجع للزوجين أو ورثتهما لأن وارث كل قائم مقامه إلا أن يمين الوارث على نفي العلم ويحلف من يظن به العلم فقط، ويمين المورروث على البت انظر

فصل في الاختلاف في القبض

أي في قبض الصداق وهو على وجهين قبل البناء وبعده. (**وإن هما قبل البناء اختلفا في القبض للنقد الذي قد وصفا**) أي اتفقا على صفته ولا خلاف بينهم فيها (**فالقول للزوجة**) أو ورثتها إن ماتت أنها لم تقبض وتحلف إن كانت رشيدة أو وليها إن كانت محجورة وهو قوله: (**واليمين**) عليها (**أو الذي**) أي على الذي كانت الزوجة (**في حجره تكون**) هي أي اليمين وهو خبر عن قوله

الشامل. وفي معنى النقد ما كان كالئاً وحل قبل البناء كما يأتي (خ) وفي قبض ما حل فقبل البناء قولها الخ.

٤١٤ـ وَالْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ بَعْدَ مَا بَنَى وَيَدَّعِي الدَّفْعَ لَهَا قَبْلَ الْبِنَا

(والقول) مبتدأ **(قول الزوج)** خبره **(بعد)** يتعلق بشرط مقدر دل عليه ما مر أي القول قول الزوج إن اختلفا بعد **(ما)** مصدرية **(بنى)** صلتها أي بعد البناء **(ويدعي)** هو أي الزوج معطوف على فعل الشرط المقدر ومتعلقه محذوف أي إن اختلفا بعد البناء وادعى بعده **(الدفع لها قبل البنا)**ء فالقول له بيمينه أو يمين وارثه إن مات لأن العرف أنها لا تسلم له سلعتها حتى تقبض عوضها فالدفع مفعول به، والظرفان بعده يتعلقان به. وأما إن كان اختلافهما بعد البناء ولكن ادعى الدفع لها بعد البناء لا قبله فالقول لها لا له كما قال:

٤١٥ـ وَهُوَ لَهَا فِيما ادَّعَى مِنْ بَعْدِ أَنْ بَنَى بِهَا وَالْعُرْفُ رَعْيُهُ حَسَنْ

(وهو) مبتدأ **(لها)** خبره **(فيما)** يتعلق بالاستقرار في الخبر وما واقعة على النقد **(ادعى)** صلة وضميره للزوج ومفعوله المتلبس بالرابط محذوف أي: والقول كائن لها في النقد الذي ادعى دفعه **(من بعد أن بنى بها)** فالمجرور يتعلق بالمصدر المقدر كما ترى، وهذا ما قيد به عياض قول المدونة ولا قول للمدخول بها ولا لورثتها كما قيد أيضاً بما إذا لم يكن الصداق مشهوداً عليه برسم باق بيدها، وبما إذا لم يكن العرف تأخيره عن البناء وإلاَّ فقولها فيهما: ولا يبرأ إلا ببينة أو اعتراف.

وأشار الناظم للقيد الثاني بقوله: **(والعرف)** مبتدأ **(رعيه)** مبتدأ ثان **(حسن)** خبر عن الثاني وهما خبران عن الأول (خ) وبعده قوله بيمين فيهما عبد الوهاب إلا أن يكون بكتاب وإسماعيل بأن لا يتأخر عن البناء عرفاً اهـ. فلكل من القضاة الثلاثة قيد ذكر الناظم منها قيدين قيدي عياض وإسماعيل و(خ) ترك قيد عياض وذكر قيدي غيره، والمراد بالكتاب الصك الذي أشهد فيه بتخلده في ذمته كان صك الصداق أو غيره كما في ابن عرفة.

قلت: أفتى عياض حسبما في دعاوى المعيار بأن القول للزوج ولو كان الصداق مشهوداً عليه في كتاب، فإنه لما سئل عمن تزوج بعاجل وآجل وأشهد في رسم الصداق أنه لا براءة له

واليمين **(والقول قول الزوج)** إذا اختلفا **(بعد ما بنى ويدعي)** بعد البناء **(الدفع لها قبل البنا)**ء فإن ادعى الدفع بعده كان القول لها بيمينها وهو قوله: **(وهو لها فيما ادعى من بعد أن بنى بها)** وهذا ما قيد به القاضي عياض قول المدونة: لا قول المدخول بها ولا لورثتها كما قيد أيضاً بما إذا لم يكن الصداق مشهوداً عليه برسم باق بيدها وبما إذا لم يكن العرف تأخيره عن البناء، وإلاَّ فقولها بيمينها (خ): وفي قبض ما حل فقبل البناء قولها، وبعده قوله: بيمين فيهما. عبد الوهاب. إلا أن يكون بكتاب وإسماعيل: بأن لا يتأخر عن البناء عرفاً. وكان الناظم ألم بهذا الثاني في قوله:

(والعرف رعيه حسن) وقال ابن شاس: إذا اختلفا في قبض معجل الصداق فإن استقرت عادة صير إليها، وإلاَّ فالقول قولها إلا أن تكون مدخولاً بها فلكل من القضاة الثلاثة قيد. وزاد اللخمي رابعاً: وهو أن لا يكون بيدها رهن فيه وشمل قوله (خ) ما حل الخ الحال من المهر أصالة وما حل

في دعوى الدفع إلا ببينة، ثم دخل وادعى الدفع فأجاب القول قوله فيما جرت العادة بدفعه من النقد قبل الدخول اهـ. فشهادة العادة عارضت البينة ههنا. وهذا هو القياس في مثل هذا لأن العادة إذا عارضت استصحاب الأصل الذي هو استمرار تعمير الذمة فتقدم لأنها كالشاهد بالقضاء، ولعل الناظم لهذا ترك قيد القاضي عبد الوهاب، وأشار للقيدين الأخيرين كما ترى وهو حسن فتأمله والله أعلم. وما ذكره ابن رحال ههنا من أن كثيراً من أهل البوادي يعطي الزوج منهم الولي بعض النقد ويؤخره بالباقي ولا يكتب الولي ذلك الباقي فإذا دخل الزوج فلا يصدق في الدفع بدخوله في ذلك الباقي الخ. هو قيد القاضي إسماعيل لا زائد عليه لأنه إذا جرى العرف بتأخير كله أو بعضه فإن القول لها في الكل أو البعض، وزاد اللخمي قيداً رابعاً وهو أن لا يكون بيدها رهن فيه ذكره غير واحد.

قلت: وهذه هي قول (خ) في آخر الفلس والراهن بيده رهنه بدفع الدين، فمفهومه أنه إذا لم يكن بيده بل بيد رب الدين فالقول لرب الدين لأن الزوجين هنا معترفان بتقرر الصداق، وإنما اختلفا في قبضه، وبهذا تعلم أن الزوج إذا أخذ رهنه بعد البناء وادعى أنه دفع المال ولو بعد البناء فإنه يصدق ولو كان مكتوباً في كتاب وهو ظاهر إن توافقا على الرهنية، وأما إن اختلفا فيها فقد قال (خ) والقول لمدعي نفي الرهنية، وحينئذ فلا يكون ما بيد الزوجة شاهداً لبقاء النقد في ذمة الزوج مع فقد القيود المتقدمة، اللهم إلا أن يكون العرف جرى بالرهنية كما قال القائل:

والقول قول من نفى الرهنية   إلا لعرف أو مع البعضية

إلى آخر الأبيات المتقدمة في الرهن. وقال في الشامل في فصل الاختلاف في قبض الكالىء ما نصه: ولو أخذت به رهناً ثم تسلمه صدق وإن لم يدخل وإن بقي الرهن بيدها ودخل ففي تصديقه قولان. ولو أخذت به حميلاً ثم أقرت بالقبض من أحدهما واتفقا على ذلك وادعى كلٌّ أنه الدافع صدق الزوج إن حلف وإلاَّ فالحميل ورجع به عليه انظر بقيته.

ولما كان الحال من الكالىء قبل البناء مثل النقد نبه عليه فقال:

٤١٦ـ وَالْقَوْلُ وَالْيَمِينُ لِلَّذِي ٱبْتَنَى   فِي دَفْعِهِ الْكَالِىءَ قَبْلَ الابْتِنَا

(**والقول**) مبتدأ (**واليمين**) معطوف (**للذي**) خبر (**ابتنى**) صلة والرابط ضمير الموصول وهو الفاعل (**في دفعه**) يتعلق بالاستقرار في الخبر وهو مصدر مضاف لفاعله (**الكالىء**) مفعوله (**قبل الابتنا**)ء يتعلق بدفع.

٤١٧ـ إنْ كانَ قَدْ حَلَّ وَفِي الَّذِي يَحِلْ   بَعْدَ بِنَائِهِ لَهَا الْقَوْلُ جُعِلْ

(**إن كان**) شرط واسمها ضمير الكالىء (**قد حل**) خبرها والجواب محذوف للدلالة عليه (**وفي الذي يحل**) موصول وصلته يتعلق بجعل آخر البيت (**بعد بنائه**) يتعلق بيحل (**لها**) يتعلق بجعل أيضاً (**القول**) مبتدأ (**جعل**) خبره، والمعنى أنهما إذا اختلفا بعد البناء في دفع الكالىء الحال

من الكالىء فإن الحكم فيهما واحد، ولذا قال الناظم: (**والقول واليمين للذي ابتنى في دفعه الكالىء قبل الابتنا. إن كان**) ذلك الكالىء (**قد حل وفي الذي يحل بعد بنائه**) إذا اختلفا فيه (**لها القول جعل. ثم**) إن لم يكن دخل بها وحل أجل الكالىء أو بعضه (**لها امتناعها**) من (**أن يدخلا**) بها (**أو**) أي إلى أن

قبله، فإن القول للزوج بيمينه أنه دفعه قبله، وإن اختلفا بعد البناء في دفع ما لم يحل منه قبله فالقول للزوجة، ولو أبدل الناظم رحمه الله الكالىء بالمهر وأتى بالبيت الذي قبله بعد هذين البيتين فيقول مثلاً:

والقول واليمين للذي ابتنى ... في دفعه المهر قبيل الابتنا

إن كان الخ. ثم يقول: كذا لها فيما ادعى من بعد أن الخ. لأغناه مع الاختصار عن الأبيات الأول، ويكون مساوياً بالقول (خ) وفي قبض ما حلّ فقبل البناء قولها وبعده قوله بيمين فيهما الخ.

٤١٨- ثُمَّ لَهَا امْتِنَاعُهَا أَنْ يَدْخُلاَ ... أَوْ تَقْبِضَ الْحَائِنَ مِمَّا أُجِّلاَ

(ثم) للترتيب الإخباري **(لها)** خبر مقدم **(امتناعها)** مبتدأ **(أن يدخلا)** في تأويل مصدر مجرور بحرف جر محذوف أي من دخوله **(أو)** بمعنى حتى **(تقبض)** منصوب بأن مقدرة بعد أو وجوباً **(الحائن)** مفعوله وهو اسم فاعل من حان يحين إذا وصل حينه **(مما)** يتعلق بالحائن **(أجلا)** صلة ما. والرابط النائب في أجلا والمعنى أن من تزوج بنقد وكالىء فإنه إذا دفع النقد فله الدخول بها ولا كلام لها، فإن لم يدخل حتى حل الكالىء أو بعضه فلها منعه من الدخول حتى تقبض جميع ما حل منه فقوله: الحائن مما أجلا وأحرى النقد الحائن بالإصالة فإن لم تمنع نفسها حتى دخل ووطىء فلا منع لها بعد ذلك الوطء، وإن أعسر به فلا تطلق عليه بذلك بخلاف ما كان لها الامتناع منه حتى يؤديه فإنها تطلق عليه بعسره به (خ) ووجب تسليمه إن تعين وإلاَّ فلها منع نفسها من الدخول والوطء بعده والسفر إلى تسليم ما حل لا بعد الوطء إلا أن يستحق ولو لم يغرها على الأظهر ثم قال: وإن لم يجده أجل لإثبات عسره ثلاثة أسابيع إلى قوله: ثم طلق عليه اهـ.

فصل فيما يهديه الزوج ثم يقع الطلاق

لو قال فيما يرسله ثم يقع الفراق كان صواباً لما علمت من تقسيمه المرسل إلى هديه وغيرها وتقسيمه الفراق إلى طلاق وفسخ قاله (ت). قلت: والظاهر أن هذا الفصل هو مفهوم قوله: فيما مر لأنه كهبة لم تقبض كما مرّ التنبيه عليه، فإن الفراق بين ما هنا وبين ما مرّ أن ما التزمه من الزيادة على أنه من الصداق يجري على ما مر سواء كان معيناً أو في الذمة وما هنا لم يلتزمه على ذلك، بل طاع على وجه الهدية، وأما العارية والإرسال ليحسب من الصداق فليس من المزيد عليه كما هو واضح، ولهذا كان الأنسب بهذا الفصل أن يذكره عقب ما مرّ لأنه مرتبط به غاية.

(تقبض الحائن) من حان يحين إذا وصل حينه أي الحال **(مما أجلا)** (خ): ووجب تسليمه إن تعين وإلا فلها منع نفسها وإن معيبة من الدخول والوطء بعده والسفر إلى تسليم ما حل لا بعد الوطء إلا أن يستحق.

فصل فيما يهديه الزوج ثم يقع الطلاق

لو قال فيما يرسله ثم يقع الفراق لكان صواباً لما علمت من تقسيمه المرسل إلى هدية وغيرها

٤١٩ـ وَكُلُّ مَا يُرْسِلُهُ الزَّوْجُ إِلَى زَوْجَتِهِ مِنَ الثِّيَابِ وَالْحُلَى

(وكل) مبتدأ (ما) مضاف إليه (يرسله الزوج) صلة ما (إلى زوجته) يتعلق بيرسله (من الثياب) بيان لما يتعلق بيرسل أيضاً (والحلى) معطوف قال في الصحاح: الحلى حلي المرأة، وجمعه حلى مثل ثدي وثدى على وزن فعول، وقد تكسر الحاء وحلية السيف جمعها حلى مثل لحية ولحى وربما ضم اهـ نقله (ت) وقوله: فعول أي لأن فعل يجمع على فعول كفلس وفلوس اجتمعت الواو والياء، وسبق أحدهما بالسكون فقلبت الواو ياء وقلبت الضمة فتحة لتسلم الياء من القلب واواً ثانياً، ثم قلبت الياء المدغمة ألفاً واستثقلت الضمة على الياء الأخيرة فحذفت، ثم حذفت الألف لالتقاء الساكنين فصار حلى، والخبر عن كل محذوف أي فيه تفصيل.

٤٢٠ـ فَإِنْ يَكُنْ هَدِيَّةً سَمَّاهَا فَلاَ يَسُوغُ أَخْذُهُ إِيَّاهَا

(فإن يكن) شرط واسمه ضمير يعود على ما (هدية) خبر يكن أو مفعول ثان لقوله (سماها) والجملة هي الخبر (فلا يسوغ) جواب الشرط (أخذه) فاعل يسوغ (إياها) مفعول يأخذ.

٤٢١ـ إلاَّ بِفَسْخٍ قَبْلَ أَنْ يَبْتَنِيَا فَإِنَّهُ مُسْتَخْلِصٌ مَا بَقِيَا

(إلا) استثناء من مقدر يتعلق بأخذ (بفسخ) يتعلق بأخذ وهو في الحقيقة بدل من ذلك المقدر أي لا يسوغ أخذه إياها بوجه من الوجوه إلا بفسخ من (قبل) يتعلق بفسخ (أن يبتنيا) في تأويل مصدر مضاف إليه وألفه للإطلاق أو للتثنية (فإنه) أي الزوج (مستخلص) خبر إن (ما) مفعول بما قبله (بقيا) صلة ما والعائد محذوف أي منه ومعناه أنه إذا سمى ما أرسله هدية فلا يرتجعه مطلقاً طلق قبل البناء أو بعده ولو لعسره بالنفقة فيهما أو مات كذلك أو بقيت العصمة إلا أن يفسخ النكاح قبل البناء فإنه يرتجع ما بقي منها قائماً بعينه ولم يفت، ومفهوم هدية أنه إن سماها صداقاً فهو ما مرّ في قوله: وزائد في المهر بعد العقد الخ. كما مر التنبيه عليه، وهذا كله في الهدية بعد العقد وقبل البناء وهو أحد روايتين في قول (خ) وفي تشطر هدية بعد العقد وقبل البناء أو لا شيء له وإن لم يفت إلا أن يفسخ قبل البناء فيأخذ القائم منها لا أن فسخ بعده. روايتان فدرج الناظم على الرواية الثانية لأنها الرجح، بل حكى ابن رشد عليه الاتفاق فإن كانت الهدية بعد البناء وبعد طوله معها كسنتين فلا رجوع فيها أيضاً إن طلقها فإن لم يطلق فله أخذ هديته قاله في الشامل. وهذا كله في الهدية المتطوع بها ولم تشترط ولا جرى عرف بها، وأما إن اشترطت في العقد أو قبله أو جرى بها عرف فهي كالصداق كما مرّ لأن العرف كالشرط.

٤٢٢ـ وَإِنْ يَكُنْ عَارِيَةً وَأَشْهَدَا مِنْ قَبْلُ سِرًّا فَلَهُ مَا وَجَدَا

وتقسيمه الفراق إلى طلاق وفسخ إذا قال: (وكل ما يرسله الزوج إلى زوجته من الثياب والحلى) بضم الحاء وكسرها وهو الأصل. قال في الصحاح: والحلى حلي المرأة وجمعه حلى مثل ثدي وثدى وهو فعول، وقد تكسر الحاء، وحلية السيف جمعها حلى مثل لحية ولحى وربما ضم اهـ. استعارها الناظم من السيف للمرأة: (فإن يكن) ما يرسله (هدية) بالنصب خبر يكن أو مفعول ثان لقوله: (سماها) والجملة هي الخبر (فلا يسوغ أخذه إياها) طلقها أو مات عنها (إلا بفسخ) للعقد (قبل أن يبتنيا فإنه) أي الزوج (مستخلص) أي آخذ (ما بقيا) منها بحاله لم يفت دون ما ضاع (وإن يكن) ما يرسله

(وإن يكن) شرط واسمه ضمير يعود على ما أيضاً **(عارية)** خبر يكن **(وأشهدا)** فاعله ضمير الزوج **(من قبل)** يتعلق به **(سراً)** منصوب على نزع الخافض أو حال، والجملة من أشهدا وما بعده حال من الزوج أيضاً **(فله)** خبر عن قوله **(ما وجدا)** والجملة جواب الشرط أي: وإن سمى ما أرسله عارية والحال أنه أشهد بها سراً من قبل إرساله وأحرى جهراً فله استرجاع ما وجد منها قائماً لم يفت طلق أو مات أو فسخ أو بقيت العصمة ولا شيء فيما فات منها إلا إن كانت مما يغاب عليه والزوجة رشيدة عالمة بها ولا بينة على الهلاك فتضمن حينئذ فيما يظهر وهو الموافق لما يأتي في الأب يشهد بالعارية لابنته وهي مرشدة عالمة تأمل. وفهم من قوله: وأشهد سراً أنه إذا سكت حين الإرسال وادعى العارية ولم تقم بينة له بها لا شيء له وهو كذلك كما في ابن سلمون. وفي آخر الكراس الرابع من أنكحة المعيار فيمن كسا زوجته ثياباً، ولما توفيت ادعى أن ذلك عارية أن القول له بيمينه إن ثبت بالعدول أو اعترافها في حياتها أنه هو الذي جاء بتلك الثياب بعينها فانظره مع قول الناظم في التداعي في الطلاق: فالقول قول زوجة في الأنفس. وانظر أيضاً آخر فصل الاختلاف في متاع البيت.

٤٢٣ـ وَمُدَّعٍ إرْسَالَها كَيْ تُحْتَسَبْ   مِنْ مَهْرِهَا الْحَلْفُ عَلَيْهِ قَدْ وَجَبْ

(ومدع) مبتدأ **(إرسالها)** مفعول به وضميره للثياب والحلي **(كي)** جارة تعليلية **(تحتسب)** منصوب بأن مقدرة بعد كي **(من مهرها)** يتعلق به **(الحلف)** مبتدأ ثان **(عليه)** يتعلق بالخبر الذي هو **(قد وجب)**. والجملة من الثاني وخبره خبر الأول.

٤٢٤ـ ثُمَّ لَهَا الْخِيَارُ فِي صَرْفٍ وَفِي   إمْسَاكِهَا مِنَ الصَّدَاقِ فَاعْرِفِ

(ثم) للترتيب الإخباري **(لها)** خبر عن قوله **(الخيار في صرف)** يتعلق به **(وفي إمساكها)** معطوف على ما قبله **(من الصداق)** يتعلق بما قبله **(فاعرف)** أمر من العرفان تتميم للبيت ومعنى ذلك أنه إن ادعى إرسال ذلك ليحسب من الصداق فإنه يحلف على ذلك، ثم تخير الزوجة في أن تصرف ذلك للزوج وترده له، وفي أن تمسك ذلك وتحسبه من الصداق، وهذا ظاهر إذا كان قائماً كانت رشيدة أو سفيهة ويأخذه من يدها على ما وجده إن لم يرسل ذلك عند حدوث سبب وإلا جرى فيه ما يأتي عن أبي الحسن، وسواء ادعى أنه بين ذلك لها عند الإرسال فأنكرته أم لا. فإن هلك أو شيء منه فلا ضمان على الزوجة فيه كما يفهم من قوله الخيار لها الخ. لأنه لم يرسله لها إلا على أنها بالخيار فيه فهي قبل أن تختار أحد الأمرين أمينة فيه كما هي قاعدة البيع بالخيار والله أعلم. وسواء أيضاً كانت رشيدة أو سفيهة حيث لم تصن السفيهة به مالها ولم تصرفه الرشيدة في مصالحها وإلا لزمتها قيمة المقوم ومثل المثلي ويتقاصان فإن كان الإرسال عند حدوث سبب من وليمة لأقاربها أو عيد وموسم ونحو ذلك فقال أبو الحسن: جرت عادة الناس أن

(عارية وأشهدا من قبل) أي من قبل إرساله **(سراً فله)** استرجاع **(ما وجدا)** من ذلك طلق أو مات أو فسخ النكاح أو كانت العصمة باقية **(ومدع إرسالها)** أي الهدية ولو قال إرساله أي الشيء **(كي تحتسب من مهرها)** وقالت: بل هي تبرع **(الحلف عليه)** أي الزوج **(قد وجب ثم)** بعد حلفه **(لها الخيار في صرف)** أي في رد للعطية **(وفي إمساكها)** على أنها **(من الصداق فاعرف)** تتميم **(ومدعي**

الرجل إذا صنع وليمة يشتري شيئاً لزوجته على وجه الهبة لها والاستئلاف لمودتها لا بأن يكون محسوباً لها من كالئها اهـ. فيفهم منه أنه قبل البناء كذلك مع العادة المذكورة، وفهم من النظم أيضاً أن من دفع لمدينه شيئاً وادعى دفعه ليحسب من الدين وقال الآخر: بل تبرع أن القول للدافع بل لو أتفقا على التبرع لم يصح لأنه هدية مديان، وكذا لو خدمه خدمة وادعى أنه لم يفعل ذلك إلا ليسقط بعض الدين فإن القول له. ولا يصح التبرع بها عليه، وإنما صح ذلك في النكاح حيث لم يحلف الزوج لما بين الزوجين من المكارمة والله أعلم. ومن ذلك أيضاً ما إذا شور الأب ابنته ولها دين عليه ومات فقالت البنت: شورني من ماله، وقال الورثة: بل بالدين الذي لك عليه. فالقول للورثة قالوا: ولو أخرج تلك الأسباب التي شورها بها من عنده ويحمل على أنه عوضها ذلك من الدين الذي عليه، ونظم ذلك في العمل المطلق فقال:

وإن بـديـن بـنـتـه شـورهـا ... فـمـات والـشـورة مـا ذكـرهـا
فـقـالـت الـبـنـت أبـي تـفـضـلا ... مـن مـالـه بـهـا وقـال الـغـيـر لا
بـل هـي ديـنـك الـذي عـلـيـه لـك ... فـالـقـول قـول وارث الـذي هـلـك

٤٢٥ـ وَمُـدَّعِـي الإِرْسَـالِ لِـلـثَّـوَابِ ... شَـاهِـدُهُ الْـعُـرْفُ بِـلاَ ارْتِـيَـابِ

(**ومدعي**) مبتدأ (**الإرسال**) مضاف إليه (**للثواب**) يتعلق به (**شاهده**) مبتدأ ثان (**العرف**) خبره ويجوز العكس وهو الأظهر (**بلا ارتياب**) يتعلق بشاهد على الاحتمالين أي فينظر لعرف البلد فإن كان عرفهم أن الزوج يهدي لزوجته لتكافئه على ذلك وعكسه مثل أن تعطي جاريتها الفارهة لزوجها الموسر وتدعي استغرار عطيته ونحو ذلك فالقول لمدعي الثواب منهما، وإن لم يكن في البلد عرف بالمكافأة ولا وجد وقت العطية ما يدل على إرادتها فلا شيء لمدعي الثواب (خ) في باب الهبة: وصدق واهب فيه إن لم يشهد عرف لضده في غير المسكوك وفي غير هبة أحد الزوجين للآخر الخ. وظاهر المصنف أن مدعي الإرسال مصدق ولو طال، وفي الكراس الثامن من أنكحة المعيار أن من قصد بهديته الثواب له المثوبة ما لم يطل الخ. وهو ظاهر لأن الطول شاهد عرفاً لعدم قصده للثواب. وانظر ما يأتي عن المعيار في البيت بعده، ومن هذا المعنى ما في دعاوى المعيار أيضاً من أن أخوين لهما دار ورثاها فتزوج أحدهما وساق جميعها لزوجته وحضر أخوه المذكور فسلم الدار المذكورة المسوقة للزوجة، واعترف أنه لا حق له مع أخيه فيها، ثم قام الأخ المسلم يطلب أخاه الزوج المذكور بثمن حظه من الدار المذكورة قائلاً: إنما سلمت على أن يعطيني ثمن حظي أو عوضاً منه في أصل ملك أو غيره. وقال الزوج: إنما سلمت فيه لزوجتي من غير ثمن ولا عوض. فقال ابن لب: هذا من باب العطية المطلقة يدعي

(**الإرسال**) يعني إذا أرسل الزوج لزوجته أو أرسلت هي له وادعى المرسل بعد أن ذلك هبة (**للثواب شاهده العرف بلا ارتياب**) فينظر لحال البلد، فإن كان الزوج يهدي لزوجته ليكافأ على ذلك، فالقول قوله. وإن لم تكن في البلد سيرة بالمكافأة ولا رؤي منه في وقت الهدية ما يدل على إرادتها فلا شيء له. قال في الوثائق المجموعة: وقاله في المدونة: ولا يقضى بين الزوجين بالثواب في الهدية ولا بين والد وولد إلا أن يظهر ابتغاء الثواب.

معطيها بعد خروجها من يده الثواب عليها والحكم أن يحلف الواهب على ما ادعى ويقضى له بالثواب.

تنبيه: قال البرزلي: لو وهبته صداقها وادعت أن ذلك للثواب لم تصدق ولا يدخل الخلاف إلا في هبتها غير الصداق اهـ.

٤٢٦ـ وَشَرْطُ كِسْوَةٍ مِنَ الْمَحْظُورِ ... لِلزَّوْجِ فِي الْعَقْدِ عَلَى الْمَشْهُورِ

(**وشرط**) مبتدأ (**كسوة**) مضاف إليه (**من المحظور**) بالظاء المشالة بمعنى الممنوع خبر المبتدأ (**للزوج في العقد**) يتعلقان بشرط (**على المشهور**) يتعلق بالاستقرار في الخبر، والمعنى أن شرط الزوج كسوة في نفس العقد ممنوع على مشهور المذهب لأنه جمع بين البيع والنكاح لأنه لا يدري ما ينوب الكسوة مما ينوب البضع كما مر التنبيه عليه عند قوله:

ويفسد النكاح بالإمتاع في ... عقدته وهو على الطوع اقتفي

وهو معنى قول (خ) وباجتماعه مع بيع الخ. وحينئذ فيفسخ قبل ولا شيء فيه ويثبت بعد بصداق المثل كما مرّ، وظاهر النظم كغيره أنه يكون فاسداً ولو عيناً ما ينوب المهر مما ينوب تلك الكسوة ونحوها أو لم يعينا، وكان في المهر فضل كثير على ما أعطته المرأة وهو ما يقتضيه كلام ابن رشد وغيره من تنافي أحكام البيع والنكاح. هذا وذكر ابن سلمون في فصل المتعة أوائل النكاح أنهما إذا عينا ذلك أو كان في المهر فضل جاز الشرط المذكور وبنى على ذلك وثيقة فقال: فإن شرط الزوج لنفسه كسوة تخرجها الزوجة أو وليها في الشوار للباسه على ما جرت به العادة.

قلت: والتزم والد الزوجة أو وليها أن يخرج الزوج عند بنائه بها جبة كذا قيمتها كذا أو

(**وشرط كسوة**) مبتدأ (**من المحظور**) خبر (**للزوج**) متعلق بكسوة أو بشرط (**في العقد**) متعلق بشرط (**على المشهور**) متعلق بالمحظور، والمعنى أن اشتراط الزوج على زوجته كسوة في نفس العقد ممنوع على المشهور من المذهب لأنه جمع بين النكاح والبيع وهو ممنوع في قول ابن القاسم، وروايته عن مالك لأن البيع مبني على المكايسة، وتجوز فيه الهبة، والنكاح مبني على المكارمة ولا تجوز فيه الهبة فافترقا، ولأنه لا يدري حينئذ ما ينوب الكسوة مما ينوب البضع من الصداق فيؤدي للجهل، وقد تستغرق الكسوة الصداق فيخلو البضع عن عوض لأن من النساء من ترضى أن تتزوج الرجل على أن تعطيه لرغبتها فيه لشرفه أو لكثرة يساره أو شبه ذلك فيمنع الجميع سداً للذريعة، فإن وقع فسخ قبل البناء وثبت بعده بصداق المثل فإن طاعت بذلك بعد العقد جاز. قال الشارح: وفي وثائق ابن سلمون تقرير العمل بهذه المسألة وكأنه ارتكب فيها غير المشهور، وربما يكتب بعض الناس بإزاء ذلك طرة بأنها من المسائل المختلفة في ذلك الكتاب يعني بذلك والله أعلم. على المشهور، والأولى أن يقال: إنه اعتمد فيها غير المشهور مما ذكره ابن رشد وغيره في هذه المسألة اهـ. يشير الشارح لقوله قبل قال ابن رشد: أما النكاح والبيع فاختلف فيه على ثلاثة أقوال: أحدها: قول ابن القاسم وروايته عن مالك لا يجوز الخ، وتقدمت هذه المسألة للناظم في قوله:

ويفسد النكاح بالإمتاع في ... عقدته وهو على الطوع اقتفي

غفارة كذا قيمتها كذا التزاماً تاماً لما له وذمته قال: وحكمها حكم الصداق تثبت بثبوته وتسقط بسقوطه، وإذا وقع التزام ذلك من الزوجة في العقد كما ذكر فلا بدّ أن يكون في الصداق زيادة على قيمة ذلك مقدار أقل الصداق فأكثر وإلاّ فسد النكاح لأنه قد يكون نكاحاً بلا صداق قال: فإن لم يقع التزام ذلك وأخرجت الزوجة في شوارها مثل الغفارة والقميص ولبس ذلك الزوج أو لم يلبسه وأرادت الزوجة أو وليها أخذ ذلك بعد زاعمين أنهما كانتا عارية على طريق التزين لا على سبيل العطية فقال ابن رشد: إن كان بتلك الثياب عرف في البلد جرى به العمل واستمر عليه الأمر حكم به وإلاّ فالقول للمرأة أو وليها أنه عارية أو على وجه التزين اهـ. فأنت تراه اقتصر في جواز اشتراط ذلك على مقابل المشهور وهو معنى قول الشارح، وفي ابن سلمون تقرير العمل في هذه المسألة وكأنه ارتكب فيها غير المشهور، وربما يكتب بعض الناس بإزاء ذلك طرة بأنها من المسائل المختلة في ذلك الكتاب يعني بذلك والله أعلم على المشهور والأولى أن يقال: إنه اعتمد فيها غير المشهور اهـ. فمعنى كلام الشارح هذا والله أعلم أن ابن سلمون قرر جواز ما يعمله الناس من الاشتراط المذكور وأن الأولى أن يقال: إنه اعتمد في ذلك غير المشهور لا أن ذلك في المسائل المختلة لأن التعبير بالاختلال يوهم أنه لم يصادف في ذلك قولاً لقائل، وليس كذلك وبهذا تعلم بطلان ما نسبه الشيخ بناني في فصل التفويض لهذا الشارح من أن ما لابن سلمون خلاف المشهور، لكن جرى به العمل الخ. إذ الشارح لم يقل جرى به العمل كما ترى، فقد تقوّل عليه ما لم يقله، وكذا ابن سلمون لم يقل إن العمل جرى بذلك كما ترى، ولا يلزم من اقتصاره واعتماده عليه جريان العمل به عند الحكام إذ العمل يقدم على المشهور، ولم يقل به أحد في هذه المسألة والله أعلم. وظاهر النظم أن شرط الكسوة ونحوها من العروض ممنوع، ولو كان ذلك من مال الولي وهو كذلك كما مرّ في قول (خ): كدار دفعتها هي أو أبوها، ومفهوم الكسوة أنه لو شرط دنانير أو دراهم كقوله أتزوجها بمائة على أن تعطيني عشرين درهماً منها جاز إن كان ذلك على معنى المقاصة فإن قال بمائة دينار على أن تعطيني عشرين درهماً امتنع لأنه نكاح وصرف، وكذا يمتنع النكاح مع القرض أو القراض أو الشركة أو الجعالة أو المساقاة في عقد واحد، وفي المعيار في المرأة تخرج أثواباً لزوجها عند البناء ثم تطلب ذلك عند مشاجرة زوجها أو طلاق أو لغير سبب ما نصه: ما أهداه أحدهما لصاحبه قبل العقد، ثم وقع النكاح لا رجوع فيه قبل الفراق ولا قبل البناء ولا بعده، فإن كان ذلك بعد العقد نظر فإن كان ذلك على وجه الاستعزاز وطلب الثواب فله الثواب، وإن لم يكن على ذلك فلا ثواب له لأنه استجلاب للمودة أو تأكيدها فإن طلقها بقرب العطية فترجع هي في عطيتها لا هو، وإن بعد ما بين العطية والطلاق لم ترجع اهـ. وتقدم في النظم ما إذا ادعى هو العارية. وفي كلام ابن سلمون: ما إذا ادعت هي ذلك وظاهرهما أنه لا يفرق في العارية بين طول وعدمه، وتقدم في البيت قبله أن من ادعى الثواب من الزوجين له المثوبة ما لم يطل.

فصل في الاختلاف في الشوار المورد

من أب أو غيره (بيت البناء) قال في القاموس: الشوار مثلثة متاع البيت.

٤٢٧ـ والأبُ إنْ أَوْرَدَ بَيْتُ مَنْ بَنَى بِبِنْتِهِ الْبِكْرِ شِوَارَ الابْتِنَا

(**والأب**) مبتدأ (**إن أورد**) شرط (**بيت**) مفعول فيه (**من**) مضاف إليه (**بنى**) صلة من (**ببنته**) يتعلق به (**البكر**) صفة (**شوار**) مفعول بأورد (**الابتنا**)ء مضاف إليه.

٤٢٨ـ وَقَامَ يَدَّعِي إعَارَةً لِمَا زَادَ عَلَى نَقْدِ إلَيْهِ سُلِّمَا

(**وقام**) معطوف على أورد (**يدعي**) حال من فاعل قام (**إعارة**) مفعول بيدعي (**لما**) يتعلق بإعارة واللام مقوية للعامل لضعفه (**زاد**) صلة ما (**على نقد**) يتعلق به (**إليه**) يتعلق بقوله (**سلما**) بالبناء للمفعول، والجملة صفة لنقد.

٤٢٩ـ فالقَوْلُ قَوْلُهُ بِغَيْرِ بَيِّنَهْ مَا لَمْ يَطُلْ بَعْدَ الْبِنَا فَوْقَ السَّنَهْ

(**فالقول**) مبتدأ والفاء مع مدخولها جواب الشرط (**قوله**) خبر (**بغير بينة**) يتعلق به (**ما**) ظرفية مصدرية (**لم يطل**) صلتها وفاعل يطل ضمير يعود على الإيراد المفهوم من أورد (**بعد البنا فوق السنة**) يتعلقان بيطل، والمعنى أن الأب ومن تنزل منزلته من وصي ووكيل إن أورد أي أرسل أو أدخل الشوار الذي اشتراه بالنقد من ثياب وحلي وغير ذلك لبيت البناء ببنته البكر حتى كان تحت يدها، ثم قام يدعي العارية في بعض ما أورد مما زاد على نقدها المسلم إليه فإن القول له في ذلك الزائد بيمينه مدة عدم طول إيراده بعد البناء فوق السنة فإن طال فوق السنة لم تقبل دعواه العارية إلا أن يكون أشهد كما يأتي وظاهره قبول قوله في السنة كانت البنت حية أو ميتة وهو كذلك في شراح المتن قال في المتيطية: واختلف في ذلك إذا قام الأب يطلب ذلك بعد أربعة أعوام فقال ابن عتاب: لا يصدق. وقال ابن القطان: يصدق فيما زاد على قدر النقد من الشوار، وقال ابن سهل: وهذا خطأ لأن الرواية لمالك وابن القاسم وغيرهما أنه لا يصدق ولا خلاف أعلمه في ذلك اهـ باختصار. وفهم من قوله: البكر أن الثيب لا تقبل دعواه في إعارته لها وهو كذلك إن لم تكن محجورة له وإلاَّ فهي كالبكر كما في (ح) فلو قال الناظم:

فصل في الاختلاف في الشوار المورد بيت البناء

(**والأب**) والوصي واستظهر المحشي لحوق الأم بالأب. ولو غير وصي لما علم من تكلف نساء أهل فاس. (**إن أورد بيت من بنى ببنته البكر شوار الابتنا**) أي ما اشتراه لها من حلي وغطاء ووطاء وغير ذلك. وساق ذلك كله إلى بيت بنائها (و) كان محوزاً تحت يدها ثم (**قام يدعي إعارة لما زاد على نقد إليه**) متعلق بقوله (**سلما**) وجملة سلم صفة لنقد (**فالقول قوله بغير بينة**) لكن مع يمينه كما هو نص ابن حبيب وسواء عرف له ما يدعيه قبل ذلك أم لا. أقرت له به البنت أم لا. (**ما لم يطل**) سكوته (**بعد البنا فوق السنة**) فإن طال سكوته بأن زاد على السنة لم يقبل قوله: كما لا يقبل فيما إذا لم يزد، ما أورده من الشوار على ما سلم إليه من النقد بأن ساواه أو نقص عنه مطلقاً بخلاف مسألة الطول، فإنه يقيد عدم قبول قوله فيها بما إذا لم يشهد كما أشار له بقوله:

بذات حجره شوار الابتناء. لشملها. وفهم من قوله: لما زاد الخ. أن دعواه العارية في قدر نقدها أو أقل لا تقبل وهو كذلك إلا أن يعرف أن أصل المتاع له فيحلف ويأخذه ويطلب بالوفاء كما في العتبية، وظاهره أن كل ما زاد على النقد يقبل قوله فيه وليس كذلك بل لا يقبل أيضاً حتى في الزيادة التي عرف الناس زيادتها كما في المعيار، وشراح المتن. وفهم من قوله: بعد البناء أن السنة تعتبر من يوم البناء لا من يوم العقد وأفهم قوله فوق السنة أن السنة ليست بطول وهو كذلك على ما رواه ابن حبيب قاله البرزلي. فمفهومه أن أكثر منها طول وهي تجري على مسألة الشفعة فيكون الخلاف في مقدار زيادة الأشهر كالثلاثة ونحوها مما يعد بها طولاً اهـ. قال في الفائق: ما لابن حبيب قال به غير واحد من الموثقين والفقهاء المحققين.

قلت: وهو خلاف ظاهر قول (خ) وقبل دعوى الأب فقط في إعارته لها في السنة بيمين وإن خالفته الابنة الخ. وفهم منه إنه يقبل قوله سواء ادعى أنه له وأعاره لها أو أعاره لها من غيره وهو كذلك، وأفهم قوله شوار الابتناء أنه أورد ذلك ليلة البناء، وأما إن كان ذلك بعد البناء بأيام فإن القول له ولو طال الزمان وهو كذلك فيما يظهر لأن الأصل عدم خروج ملكه إلا على الوجه الذي يقصده هو، وإنما لم يصدق بعد السنة فيما أورده ليلة البناء لأن العرف فيما يخرج ليلة البناء أن يكون من شوارها، وقد عضده عدم طلبه لذلك في السنة فتأمله. وأفهم قوله إن أورد الخ أن الإيراد ثابت بالبينة أو الاعتراف وإلاَّ بأن أنكرت أنه لم يوردها ما يدعيه ولا شيء بيدها منه. ففي البرزلي عن الشعبي فيمن أشهد عند خروج ابنته لزوجها أنه أمتعها بحلي وثياب فبعد مدة قام الأب أو ورثته طالبين الابنة بما أشهد أنه أخرجه معها فأنكرت ذلك، ولا دليل إلا الإشهاد من الأب خاصة ما نصه: ولا يقبل قول الأب حتى يعلم قوله بإقرار أو بينة وهو معنى قول ابن القاسم اهـ. وإذا كان هذا مع الإشهاد المجرد فأحرى مع عدمه الذي نحن فيه، ومفهوم الأب ومن تنزل منزلته أن غيرهما من الأولياء لا يقبل قولهم كما لا يقبل قول الأب في الثيب التي لا ولاية له عليها وهو كذلك كما يأتي في قوله: وفي سوى البكر ومن غير أب الخ. وكذا لا يقبل قول الأجنبي في الأجنبية رواه كله ابن حبيب كما في البرزلي قال: وأفتى شيخنا الإمام يعني ابن عرفة بأن الأم تنزل منزلة الأب فيقبل قولها أو ورثتها في السنة، فلما أوقفته على كلام ابن حبيب هذا وقف وأرشد إلى الصلح قال: والصواب أن لا مقال لها إلا أن تكون وصياً أو على ما قال في المدونة أنه استحسن أن توصي بولدها في المال اليسير كالستين ديناراً فيكون القول قولها في هذا القدر إذا لم يكن لها أب ولا وصي أو يرى أن الأم بخلاف غيرها بدليل جواز اعتصارها ما وهبتها في حياة الأب وشرطه اهـ.

قلت: وما ذكره ظاهر إذا لم يجر عرف بذلك وإلاَّ بأن جرى العرف بإعارتها فحكمها كالأب في حياته وبعد مماته، وإن لم تكن وصياً وهو المعروف في نساء أهل فاس كما في ابن رحال، ويؤيده أن الحكم في هذه المسألة من أصلها مبني على العرف والأحكام المبنية عليه تدور معه حيث دار كما للقرافي وغيره. ولعل ابن عرفة إنما وقف وأمر بالصلح لعدم ثبوت العرف في بلدهم بإعارة الأم وهذا يقتضي أن العرف إذا جرى بإعارة الأخ ونحوه كذلك والله أعلم. ومفهوم قوله: لابنته أن الأب إذا فعل ذلك لابنه الذكر فإن القول له في العارية ولو طال

الزمان، وكذا لو فعله لزوجة ابنه بدليل ما في المعيار فيمن اشترت أشياء ثياباً وأسباباً لزوجة ابنها فبقيت زوجة الابن المذكورة تلبس تلك الثياب مع الأم مدة من اثني عشر شهراً، وبعد وفاة الابن قامت الأم تدعي أنها أعارت لها ذلك فقط فإن القول لها بيمينها إذا ثبت شراؤها إياها أو أنها تعرف لها بإقرار أو بينة فتأخذ حينئذ ما وجد منها وليس لها فيما لبست كراء، ولا فيما استهلكت قيمة اهـ. إذ لا فرق بين الأب والأم في هذا فيما يظهر فتأمله. وكذا يقال في غيرها من الأولياء والأجانب حيث ثبت ببينة أو إقرار أن أصل تلك الأسباب لمدعي العارية إذ الأصل أن لا يخرج ملك أحد من يده إلا على الوجه الذي يقصده، وما مرّ عن ابن حبيب أن غير الأب من الأولياء والأجانب لا يقبل قولهم إنما ذلك إذا لم يعرف أصل ذلك الشيء لهم والله أعلم.

تنبيهان. الأول: قال في نوازل البرزلي: وإذا ابتاع القابض للنقد أياً كان أو غيره جهازاً وأحب البراءة منه فيمكنه ذلك بأحد ثلاثة أوجه: إما أن يدفعه إلى الزوجة ويعاين الشهود قبضها لذلك في بيت البناء، أو يوقف الشهود عليه وإن لم يدفع ذلك إليها، وإما أن يوجه ذلك إلى بيت البناء بحضرة الشهود بعد أن يقوموه ويعاينوه ولا يفارقوه حتى يتوجه به إلى بيت البنت بحضرة الزوج وإن لم يصحبه الشهود إلى البيت ذكر ذلك ابن حبيب. وليس للزوج أن يدعي أن ذلك لم يصل إلى بيته فإن فعل فهو كدعواه أنه اغتاله من بيته أو أرسل من أخذه منه. انظر في وثائق ابن فتحون اهـ. وهو معنى قول (خ): وإنما يبرئه شراء جهاز تشهد بينة بدفعه لها أو إحضاره بيت البناء أو توجيهه إليه الخ. وذكر بعض الموثقين أن أحسن الوجوه الوجه الثاني. ابن عرفة: وبه استقر العمل فانظره فقد بين الأوجه الثلاثة غاية البيان، ثم قال البرزلي: القول قول الأب أنه جهز ابنته. ابن رشد: إنما وجب أن يكون القول قول الأب لأنه على ذلك قبضه من الزوج والعرف يشهد له به، وإنما وجب عليه اليمين لما تعلق في ذلك من حق الزوج، والذي يسقط اليمين عنه إحضار البينة وإبراز الجهاز وإقامته وإرساله بمحضر البينة قاله ابن حبيب اهـ. ومثله في ابن عرفة عن ابن القاسم قال: إن قال أبو البكر دفعت مهرها العين ضمنه إذ ليس له دفعه لها إنما يجهزها به فإن قال بعد بنائها جهزتها به ودفعته لها وأنكرت حلف وبرىء اهـ. فتأمله مع ما مر عن (خ) من الإطلاق إذ ظاهره أنه لا يكون له القول في ذلك.

الثاني: قال البرزلي أيضاً إثر ما مر ما نصه، ابن رشد: ولو ادعى الأب أنه جهز ابنته بما لها قبله من ميراث أمها أو غير ذلك وأنكرت لما كان القول قوله في ذلك ويكلف إقامة البينة على ذلك لقوله تعالى: ﴿فإذا دفعتم إليهم أموالهم فأشهدوا عليهم﴾ [النساء:٦] اهـ. ولما نقله ابن عرفة عن ابن رشد قال عن المتيطي: وينبغي لو كان لها على أبيها دين من مهر أمها أو غيره أن لا يقبل قوله بتجهيزها به، ولو كان لها بيده عرض أو عين على وجه الأمانة بسبب كونها في ولايته لكان ينبغي على وجه النظر قبول قوله إنه جهزها به عند بنائها لأن العرف جار عندنا بتجهيز الآباء بناتهم بأموالهم فكيف بأموالهن اهـ. ابن عرفة: وهو خلاف ظاهر ما تقدم لابن رشد في ميراثها من أمها من عدم قبول قوله في تجهيزها به للآية المذكورة.

قلت: فظاهره أن ما لابن رشد هو الراجح لأن المتيطي إنما قال ذلك بلفظ: ينبغي فلم يجزم به وقد تقدم كلام المتيطي عند قوله: وللوصي ينبغي وللأب. تشويرها الخ.

ثم أشار إلى أن عدم قبول قوله مع الطول بما فوق السنة مقيد بما إذا لم يشهد فقال:

٤٣٠ـ وَإنْ يَكُنْ بِمَا أَعَارَ أَشْهَدَا قَبْلَ الدُّخُولِ فَلَهُ مَا وَجَدَا

(وإن يكن) شرط واسمه ضمير الأب ومن تنزل منزلته **(بما)** يتعلق بأشهد **(أعار)** صلة ما **(أشهدا)** خبر يكن **(قبل الدخول)** يتعلق بأشهد **(فله)** خبر مقدم **(ما وجدا)** مبتدأ مؤخر، والجملة جواب الشرط ودخلت عليه الفاء لكونه لا يصح أن يكون شرطاً، والمعنى أن الأب أو غيره من الأولياء إذا أشهد قبل الدخول بالعارية فللأب ما وجد من تلك العارية دون ما تلف منها فلا تضمنه البنت إن لم تعلم بالعارية كما يأتي، وظاهره سواء أشهد في حضورها أو غيبتها وهو كذلك حيث وجد ما أشهد به فإن لم يوجد فيأتي تفصيله، ولا فرق بين طول الزمان وعدمه، ولا بين رشيدة وغيرها، ولا بين مقرة ومنكرة، ولا بين أب وغيره من الأولياء إذ العبرة بوجود الإشهاد. وهذا إذا كان فيما بقي وفاء بالمهر وإلاَّ فلا يأخذ إلا ما زاد على قدر الوفاء به كما في الحطاب، وبالجملة فأما أن يشهد بالعارية أو بالهبة أو لا يصرح بشيء بل يسكت فإن سكت فهو ما مرّ في الأبيات قبله، وإن أشهد بالهبة أو بالعارية فكل يجري على حكمه فلا يرده في الهبة ويرده في العارية.

تنبيهان. الأول: قال البرزلي: إذا استظهر الورثة برسم يتضمن أن العادة الجارية ببلدهم الآن أن الرجل إذا جهز ابنته بحلي أو غيره إنما هو على معنى العارية والتجمل، وإن طالت السنون فقال ابن عبد السلام: إذا ثبت الرسم المتضمن للعادة الجارية وجب الإعذار في شهوده إلى الابنة فإن عجزت أو سلمت عمل بمقتضاه اهـ باختصار.

الثاني: ظاهر النظم أن الإشهاد بعد الدخول لا يفيد وليس كذلك بل ذكر البرزلي أيضاً: أن الإشهاد بعد الدخول في المدة التي يقبل فيها دعوى الأب العارية حكم الإشهاد قبل الدخول قال: وبه كان أشياخنا يفتون قال (ح): فيفهم منه اختصاص الانتفاع بالإشهاد بعد الدخول بالأب والوصي في البكر والثيب المولى عليها والأم على فتوى ابن عرفة وهو ظاهر والله أعلم.

ثم أشار الناظم إلى مفهوم الأب ومن تنزل منزلته ومفهوم البكر فقال:

٤٣١ـ وَفي سِوَى الْبِكْرِ وَمِنْ غَيْرِ أَبِ قَبُولُ قَوْلٍ دونَ إشْهَادٍ أُبِي

(وفي سوى البكر) يتعلق بأبي آخر البيت **(ومن غير أب)** معطوف على ما قبله **(قبول قول)** مبتدأ **(دون إشهاد)** في محل نصب على الحال من المبتدأ المذكور على القول بمجيء الحال منه وهو ضعيف **(أبي)** بالبناء للمفعول بمعنى منع، والجملة خبر، والمعنى أن الأب ومن بمنزلته لا تقبل دعواه العارية لغير البكر وهي الثيب إلا أن تكون في ولايته كما مرّ كما لا تقبل دعوى غيره من

(وإن يكن بما أعار أشهدا قبل الدخول) يعني أو بعده بالقرب جداً **(فله ما وجدا)** من العارية دون ما فات منها. ثم أشار إلى مفهوم البكر ومفهوم الأب من أم أو وصي أو غيرهما بقوله:

(وفي سوى البكر ومن غير أب قبول قول دون إشهاد أبي) أي منع أي لا يقبل قول غير الأب مطلقاً، ولا قول الأب في دعوى العارية لابنته الثيب إلا بإشهاد وحيث أشهد من ذكر، وقبل قوله أخذ المدعي إن كان قائماً فإن تلف ضمنته الزوجة إن كانت رشيدة عالمة بالعارية، ولم تقم لها بينة

سائر الأولياء العارية لوليتهم مطلقاً بكراً أو ثيباً دون إشهاد فإن أشهد الأب ومن في معناه بها في الثيب الرشيدة أو أشهد غيره من الأولياء بها مطلقاً قبل قولهم ولو بعد طول كما مرّ ويأخذون ما وجدوا من تلك العارية دون ما ضاع منها فلا ضمان عليها فيه حيث كانت سفيهة مطلقاً أو رشيدة ولم تعلم كما أفاده بقوله:

٤٣٢ـ وَلاَ ضَمَانَ فِي سِوَى مَا أَتْلَفَتْ مَالِكَةٌ لِأَمْرِهَا الْعِلْمَ اقْتَفَتْ

(فلا) نافية للجنس والفاء جواب سؤال مقدر فكأن قائلاً له: هل عليها ضمان فيما ضاع أو لا، **(ضمان)** اسمها **(في سوى)** خبرها **(ما)** موصول مضاف إليه **(أتلفت)** صلة ما والرابط محذوف أي أتلفته **(مالكة)** فاعل **(لأمرها)** يتعلق به **(العلم)** مفعول مقدم بقوله **(اقتفت)** والجملة صفة لمالكة، والمعنى أن العارية التي يقبل فيها دعوى الأب ومن في معناه أو العارية الثابتة بإشهاد إذا تلفت فإنه لا ضمان على البنت فيما تلف منها بوجه إلا في وجه واحد وهو إذا أتلفته هي بنفسها وكانت مالكة أمرها عالمة بالعارية فإن تلفت بغير سببها وقامت لها بينة بذلك أو كانت غير مالكة أمرها أو غير عالمة بالعارية فلا ضمان فقوله أتلفت الخ. ظاهر في أنها إذا لم تتلفه بل تلف بغير سببها لا ضمان عليها ولا يعلم كونه بغير سببها إلا ببينة على ذلك كما قررنا وإلاّ فهي محمولة على أنها هي التي أتلفته فلم يبق على الناظم رحمه الله شيء من تفاصيل المسألة خلافاً للشارح ومن تبعه.

فروع. الأول: تقدم عن المتيطي عند قول الناظم: وأشهر القولين أن تجهزا الخ. للزوج أن يسأل الولي فيما صرف النقد فيه وعلى الولي بيان ذلك ونقله ابن عرفة أيضاً.

الثاني: قال البرزلي: سئل ابن رشد عن الولي تقع بينه وبين الزوج منازعة فيريد الولي كالأب والوصي والكافل تثقيف الشورة وإخراجها عن بيت بنائها إلا مقدار نقدها ولم يظهر من الزوج تغير حال ولا أنه ممن يتهم على ذلك، وكيف إن كان مما يخاف من قبله أو ظهر عليه ما يوجب الاسترابة؟ فأجاب: للأب أن ينفق من شورة ابنته التي إلى نظره ما تستغني عنه منها إذا خاف عليه عندها، وكذلك الوصي وليس للولي غير الوصي ولا للحاضن المربي ذلك فإن دعا إلى ذلك على وجه الحسبة نظر القاضي فيما يدعو إليه من ذلك بالاجتهاد، وقد رأيت للشيخ أبي عبد الله بن عتاب في هذا جواباً قال فيه: إن كان الأب مأموناً على الثياب له ذمة فهو أحق بضبطها بعد أن يسلم لابنته منها بقدر نقد صداقها وزائد عليه ما تتجمل به مع زوجها على قدر التوسط في ذلك، ويشهد الأب بما يوقف لابنته عنده وإن كانت أحواله غير مرضية وضعها الحاكم على يد من يراه ممن يرتضيه بإشهاد، ورأيت نحو هذا الجواب لأبي بكر بن جماهير الطيطلي وهو حسن جيد في النظر، وقد شاهدت أقواماً وضعت عندهم ثياب بناتهم خيف عليها بزعمهم فباعوها وأكلوا أثمانها وتعذر الإنصاف منهم اهـ.

على التلف فإن كانت سفيهة مطلقاً أو رشيدة ولم تعلم فلا ضمان عليها وهذا معنى قوله: **(ولا ضمان في سوى ما أتلفت مالكة لأمرها العلم اقتفت)** يعني ولم تقم لها بينة بالتلف وإلا فلا ضمان أيضاً، وسكت عنه لعلمه من باب العارية.

قلت: ولا مفهوم للشوار بل مال الولد المحجور من حيث هو كذلك كما في ابن عرفة وقال في اللامية:

وللبعض نزع الشيء من يد حائز إذا خيف أمر بالبقاء ويجعلا
بحفظ أمين هكذا منع والد فقير من أخذ المال للوالد أعملا

الثالث: إذا ضمن الزوج جهاز زوجته وضاع هل يلزمه ما ألزم نفسه أم لا؟ ويكون من باب ضمان ما لا يغاب عليه من العارية أو إسقاط الشفعة قبل وجوبها أو قال: أنا ضامن لرهنك ففي البرزلي أيضاً أنه ينظر للوجه الذي خرج بسببه الضمان فإن كان بسبب ما يخشى من الزوجة فلا يلزمه الضمان إن قامت بينة بتلفه بغير سببه، وإن كان خشي هو عليها فلا شيء عليه إن قامت بينة بتلفها بغير فعله ويلزمه ضمانها بكل حال إن لم توجد وادعى تلفها قال: وهناك جواب آخر وهو أنه إن ضمنها مخافة التلف عليها حيث تلفت ضمنها، وإن قامت بينة بتلفها وإن ضمنها بسبب أنه يتهم على الغيبة عليها ولم يؤتمن عليها فلا ضمان إن قامت بينة بهلاكها. وفي الطرر: إن شهد عليه بالضمان فهلكت من غير بينة ضمنها إلا أن يأتي عليها من الزمان ما تخلف في مثله فيحلف ويبرأ اهـ. وقال المتيطي: فإن التزم الزوج حين الإيراد أن يكون الجهاز في ضمانه جاز وكان في ضمانه وتقول في ذلك والتزم الزوج ضمانه في ماله وذمته بعد أن عرف أن ذلك لا يلزمه فطاع بالتزامه عارفاً قدر ذلك الخ. وقال في الطرر إثر ما مر: والطوع وغيره سواء في اللزوم لأنه كان له أن ينتفع به بغير ضمان ولا شرط فصار ضمانه تطوعاً على كل حال، وقيل: إذا ضمنه بشرط الانتفاع به سقط عنه الضمان لأنه ضمان بجعل وإن كان بغير شرط الانتفاع به ضمنه اهـ. ولما ذكر ابن عرفة كلام المتيطي قال: ولم يذكر المتيطي حكم ضمانه هل هو ولو قامت البينة بتلفه من غير سببه أو ما لم تقم بذلك بينة. وفي أجوبة ابن رشد: إن ضمنها خوف تلفها حيث تلفت ضمنها ولو قامت البينة بتلفها، وإن كان سبب ضمانه تهمته على الغيبة عليها ولم يؤتمن في ذلك فلا ضمان عليه فيما قامت بينة بتلفه اهـ.

قلت: وانظر لو لم يعلم سبب الضمان هل يحمل على تهمته على الغيبة عليها أو على خوف تلفها؟ وفي البرزلي أيضاً بعد ما مر ما نصه: إذا منعت المرأة جهازها عند البناء حتى يضمنه فاعرف في الطراز أنه إذا امتنع من الضمان فله ذلك ويقضي عليها من الجهاز ما لا يزري به عند أنظارها اهـ باختصار. ثم نقل بعد ذلك بأوراق عن الإمام الزواوي وأنه ليس للأب أخذ الجهاز بعد الإشهاد بدفعه وتسليمه وإشهاد الزوج بأنه تحت يده خشية تصرف الزوج في ذلك حيث لم ترض البنت ولا الزوج بذلك.

فصل في الاختلاف في متاع البيت

٤٣٣ـ وَإِنْ مَتَاعُ الْبَيْتِ فِيهِ اُخْتَلِفَا وَلَمْ تَقُمْ بَيِّنَةٌ تُقْتَفَى

فصل في الاختلاف في متاع البيت

(وإن متاع البيت فيه اختلفا) أي الزوجان **(ولم تقم بينة)** لواحد منهما **(تقتفَى)** تتبع **(فالقول**

(**وإن**) شرط (**متاع البيت**) مبتدأ على مذهب الكوفيين القائلين بجواز دخول أدوات الشرط على الأسماء (**فيه**) يتعلق بقوله: (**اختلفا**) خبر المبتدأ وألفه للتثنية يعود على الزوجين، ولا يجوز أن يكون متاع البيت فاعلاً بفعل مقدر يفسره ما بعده لأن المعنى يأبى ذلك (**ولم تقم بينة**) فعل وفاعل والجملة حال (**فتقتفى**) الظاهر أن الفاء تعليلية كما تقدم نظيره في قوله: فإنه كهبة لم تقبض. ومعنى تقتفي تتبع.

٤٣٤ـ وَالْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ مَعْ يَمِينِ ... فِيمَا بِهِ يَلِيقُ كَالسِّكِّينِ

(**فالقول**) مبتدأ (**قول الزوج**) خبره والجملة جواب الشرط (**مع يمين**) حال من الخبر المذكور (**فيما**) يتعلق بالخبر أيضاً (**به**) يتعلق بقوله (**يليق**) صلة ما والرابط ضمير مستتر هو الفاعل عائد على ما (**كالسكين**) حال من ما أو خبر مبتدأ مضمر.

٤٣٥ـ وَمَا يَلِيقُ بِالنِّسَاءِ كَالْحِلِي ... فَهْوَ لِزَوْجَةٍ إِذَا مَا تَأْتَلِي

(**وما**) مبتدأ (**يليق بالنساء**) صلة ما (**كالحلي**) بضم الحاء جمع حلي وقد تكسر الحاء كما مرّ وهو على وزن فعول اجتمعت الواو والياء وسبقت إحداهما بالسكون فقلبت الواو ياء وأدغمت وكسرت اللام لتسلم الياء، ولما وقف الناظم على الياء المدغم فيها سكنت فالتقى ساكنان فحذف أحدهما وعلم منه أن حلي له جمعان حلي كثدي وثدى كما مر، ويجمع على حُلي بضم الحاء وكسر اللام كما هنا وهو حال أو خبر لمبتدأ محذوف كما في الذي قبله (**فهو**) مبتدأ (**لزوجة**) خبره والجملة خبر الأول ودخلت الفاء لشبه الموصول بالشرط في العموم والإبهام (**إذا**) ظرف مضمن معنى الشرط خافض لشرطه منصوب بجوابه (**ما**) زائدة (**تأتلي**) بمعنى تحلف في محل جر بإضافة إذا وجوابها محذوف للدلالة عليه.

٤٣٦ـ وَإِنْ يَكُنْ لَاقَ بِكُلٍّ مِنْهُمَا ... مِثْلَ الرَّقِيقِ حَلَفَا وَاقْتَسَمَا

(**وإن يكن**) شرط واسمها ضمير متاع البيت (**لاق**) خبر يكن (**بكل**) يتعلق به (**منهما**) يتعلق بمحذوف صفة أي بكل واحد كائن منهما (**مثل الرقيق**) حال من ضمير لاق أو خبر لمبتدأ محذوف (**حلفا**) جواب الشرط وألفه للتثنية (**واقتسما**) معطوف عليه.

٤٣٧ـ وَمَالِكٌ بِذَاكَ لِلزَّوْجِ قَضَى ... مَعَ الْيَمِينِ وَبِقَوْلِهِ الْقَضَا

قول الزوج مع يمين في ما به يليق كالسكين) والرمح والفرس والكتاب والدواة فيحكم بذلك له إذا حلف عليه. (**وما يليق بالنساء كالحلي**) بضم الحاء وقد تكسر جمع حلي كما مرّ عن الجوهري. والطست والمنارة التي يجعل عليها السراج والقباب والحجال وهي الستور والبسط (**فهو لزوجة إذا ما تأتلي**) تحلف قال في المدونة: ويقضى للمرأة بجميع الحلي إلا السيف والمنطقة والخاتم. ابن يونس: أي خاتم الفضة. وأما الذهب فللمرأة. الشارح: ما لم تختمه بها. (**وإن يكن**) المتنازع فيه (**لاق بكل منهما مثل الرقيق**) والثياب التي يلبسها الرجال والنساء أحدهما ما أشار إليه بقوله: (**حلفا واقتسما**) وهو لابن القاسم، والثاني لمالك أنه للزوج مع يمينه، وإليه أشار بقوله: (**ومالك بذاك للزوج قضى مع اليمين وبقوله القضا**)، وعليه اقتصر (خ) إذ قال: وفي متاع البيت فللمرأة المعتاد للنساء فقط بيمين وإلا فله بيمين.

(ومالك) مبتدأ **(بذاك للزوج)** يتعلقان بقوله **(قضى)** والجملة خبر **(مع اليمين)** حال **(وبقوله)** خبر عن قوله **(القضا)**ء ومعنى الأبيات: أن الزوجين ولو رقيقين أو كافرين أو أحدهما إذا اختلفا في شيء من متاع البيت فادعاه كل منهما ولا بينة لأحدهما فما كان منه معروفاً للرجال كالسلاح وثياب الرجال والمصحف والخاتم والمنطقة والحيوان وذكور الرقيق وأصناف الأطعمة والدور والأملاك والكتاب والدواة قضى به للزوج بيمينه، وما كان من ذلك معروفاً للنساء كالحلي وثياب النساء التي تصلح للباسهن والفراش والقباب والحجال وهي الستور والبسط والوسائد والملاحف والقطائف وأواني النحاس والقصاع والموائد قضى به للزوجة بيمينها قال ذلك كله في المتيطية قال اللخمي: ويختلف في إناث الرقيق لأنهن مما يشبه أن يكون لهما معاً فقال مالك وابن القاسم: يكون للرجل. وقال ابن وهب والمغيرة: يكون بينهما يريد بعد أيمانهما، وبالجملة فإن التحاكم في ذلك بعرف أهل البلد فمن شهد له العرف بشيء حلف وأخذه اهـ. فقول الناظم مثل الرقيق أي ذكوره وإناثه كما هو ظاهر وتخصيص اللخمي ذلك بالإناث خلاف مذهب المدونة كما في ابن عرفة، والمراد بالخاتم خاتم الفضة إلا أن يعلم الرجل بمخالفة السنة وتختمه بالذهب كما في ابن عرفة، فانظر تمامه. ومفهوم قوله: ولم تقم بينة الخ أنه إذا قامت بينة عمل بمقتضاها قال في المتيطية: ما ولي الرجل شراءه من متاع النساء وأقام بينة بذلك أخذه بعد يمينه أنه ما اشتراه إلا لنفسه إلا أن تقيم المرأة بينة أنه اشتراه لها. وكذلك ما وليت المرأة شراءه من متاع الرجال فهو لها بعد يمينها إلا أن يقيم الرجل بينة أنها اشترته له وورثة كل منهما منزل منزلته إلا أنهم يحلفون على علمهم ويحلف الموروث على البت اهـ. وأشار (خ) للمسألة بقوله في متاع البيت فللمرأة المعتاد للنساء فقط بيمين وإلاَّ فله بيمين الخ. فقوله: وإلا أي بأن كان للرجال فقط أو لهما معاً. وانظر تبصرة ابن فرحون ولا مفهوم للزوجين في هذا الأصل بل كل امرأة ورجل اختلفا ولو أجنبيين يجري حكمهما على ما مر كما تقدم في تعريف المدعي والمدعى عليه، بل قال ابن سلمون في فصل التوارث ما نصه: والحكم في الاختلاف في متاع البيت في الموت والطلاق والبقاء في العصمة واحد والأجنبيات وذوات المحارم والزوجات في ذلك سواء اهـ. ثم محل كون الحيوان للرجل ما لم يكن الرجل معروفاً معها بالفقر قال ابن عرفة: والإبل والبقر والغنم إلا أن تقوم بينة للمرأة أو كان الرجل معروفاً معها بالفقر وهي معروفة بالغنى ينسب ما كان كذلك إليها، ولو بالسماع، ويقول عدول الجيران فهو للمرأة وإن لم تكن شهادة قاطعة اهـ. ومحل كون القول للمرأة فيما شأنه للنساء ما لم يكن ذلك في حوز الرجل الأخص وما لم تكن معروفة بالفقر وإلاَّ فلا يقبل قولها في أزيد من قدر صداقها قاله ابن فرحون. وانظر أواخر الكراس الثالث من أنكحة المعيار في المرأة لا يعرف لها جهاز لا قليل ولا كثير وتدخل على جهاز امرأة كانت للناكح قبل هذه ويشتري الزوج بعد ذلك ما يعرف للنساء من حلي وثياب ثم ينزل موت أو فراق وتدعي ذلك قال: ليس لها شيء من ذلك إلا أن يعرف أنها خرجت به من بيتها أو تصدق به عليها أو أفادت مالاً وعرف ذلك واتضح وإلاَّ فلا شيء لها لأن الزوج يقول: أردت جمال بيتي وجمال امرأتي فإن قالت اكتسبته وجمعته فلا تصدق لأن النساء لا يعرفن بالتكسب اهـ. وانظر نوازل الدعاوى منه فيمن أشهدت أنها لم تترك إلا أشياء في بيتها فوجد فيه مال مدفون فإنه للزوج أو ورثته لأنها اعترفت أنها لم

تترك إلا ما ذكرت. وانظر أنكحة البرزلي في المرأة تدعي ناضاً في التركة فإن قام دليل صدقها مثل بيعها أصلاً أو عرضاً يكون ثمنه مثل ذلك قبل قولها وحلفت، ابن مزين: لا بد من حلفها وإن لم يكن الورثة إلا أولادها لأنها في معنى المنقلبة وإن لم يقم دليل كان القول قول الورثة لأنه يشبه كسبهما معاً. ومن الشيوخ من يراعي كون الناض في حكمها الخاص ككونه في صندوقها أم لا.

٤٣٨ـ وَهُوَ لِمَنْ يَحْلِفُ مَعْ نُكُولِ صَاحِبِهِ مِنْ غَيْرِ مَا تَفْصِيلِ

(وهو) مبتدأ عائد على القول **(لمن يحلف)** خبره **(مع نكول صاحبه من غير ما تفصيل)** الظرف والمجرور يتعلقان بالاستقرار أو حالان من ضميره وما زائدة، وإنما كان القول للحالف مع نكول صاحبه لأن النكول كالشاهد فيحلف معه ويستحق.

تنبيهان. الأول: قال في طرر ابن عات سئل أبو عبد الله بن الفخار عن زوجة طلبت من زوجها نفقتها فقال لها الزوج في داره مائة ربع من دقيق، وقالت المرأة ليس الدقيق لك إنما هو لي. فقال: القول قول الزوج، وكذلك لو قامت المرأة تطلبه بكسوتها فقال الزوج: ما على ظهرك هو لي أن القول قول الزوج في ذلك. وقال ابن دحون: إن القول قول الزوجة في الكسوة لأنها ماسكتها وليس هي شيئاً موضوعاً في البيت كالدقيق اهـ.

قلت: والجاري على ما يرجح أن يكون القول للزوج إذ الكسوة مما يشبه أن تكون له إذ الشرع قاض بها عليه، بل لو فرضنا أنها مما يشبه أن تكون لهما لكان القول له، ولهذا لم يعرج صاحب المختصر ولا ابن عرفة على هذه المسألة إذ لا أقل أن تكون من أفراد ما يشبه أن يكون لهما والله أعلم. وإنما أشار ابن عرفة إلى هذا الخلاف في باب الشهادات عند الكلام على ترجيح البينات فقال ما نصه: وإن طلبته امرأته بكسوتها فقال لها: الثوب الذي عليك هو لي، وقالت:

(وهو) أي القول **(لمن يحلف)** من الزوج والزوجة **(مع نكول صاحبه من غير ما تفصيل)** بينهما لأن نكول المدعي كالشاهد عليه فيحلف معه المدعى عليه ويستحق وورثة كل من الزوجين لهما غير أنهما يحلفان على البت والوارث على العلم.

فروع. الأول: إذا طلقها رجعياً وعليها ثياب وطالبته بالكسوة فقال: ما عليك هو لي وقالت: هو لها أو عارية فثالثها القول له بيمينه إن كانت من ثياب البذلة وإلا فقولها بيمينها فإذا حلفت كساها.

الثاني: إذا كساها في غير البذلة ثم فارقها فادعى أنها عارية وأنكرته فقال الداودي: إن كان مثله يعيرها فالقول له مع يمينه، وإلا فقولها وقال غيره القول له مطلقاً.

الثالث: لو كساها وأعطاها نفقة سنة ثم طلقها ردت النفقة كالكسوة إن لم يمض لها ثلاثة أشهر وإلا فلا ترد، ابن الحاجب: وإذا وجد في تركة الزوج ناض فادعته الزوجة، فإن قام دليل مثل أن تكون قريبة عهد ببيع أصل، فالقول قولها. ابن مزين: ولا بد من يمينها وإن لم يكن الورثة إلا أولادها إذ ليست من دعوى الولد أي وإنما هي في معنى المنقلبة، والله سبحانه وتعالى أعلم وأحكم.

بل هو لي. ففي كون القول قولها أو قوله نقل الطرر عن الاستغناء فتوى ابن دحون وابن الفخار حكاهما أبو القاسم البونياني، واختار الأول وهما مبنيان على اعتبار كونها في حوز الزوج أو حوزها في نفسها اهـ بلفظه، ولم يعرج على هذا النقل في الاختلاف في متاع البيت ولا في النفقات كما مرّ.

الثاني: إذا علم أصل ملك الكسوة للزوج كما لو ابتاع الرجل كسوة لزوجته أو اشترتها لنفسها من ماله وهو لا ينكر ذلك، فأما أن يتفقا على أنها من الكسوة الواجبة عليه لها أو يدعي هو أنها الواجبة وتدعي هي أنها هدية فالأول هو قول (خ) في النفقات وردت النفقة لا الكسوة بعد أشهر الخ. والثاني فيه خلاف فقيل ينظر للزوج إن كان مثله يهدي لزوجته فالقول لها وإلاَّ فقوله. وقيل القول قولها مطلقاً، وقيل قوله مطلقاً لأنه يقول: أردت أن أجمل زوجتي وأحليها قال في الاستغناء: وهو أحسن. وقيل: إن ابتذلته المرأة باللباس وامتهنته فقوله: وإلاَّ فقولها قال في الطرر، وبه العمل وعليه عول الناظم في التداعي في الطلاق حيث قال: فالقول قول زوجة في الأنفس الخ. لكن سيأتي عن الشاطبي هناك أن الصحيح في المذهب أن القول للزوج في الأنفس والقول لها في الممتهن كالوجه الأول الذي في (خ).

قلت: وهذا هو الذي يجب اعتماده لأن الثوب حيث علم أن أصله للزوج فلا يخرج من يده إلا على الوجه الذي يقصده والزوجة في ذلك مدعية، ولذا قال في الاستغناء إنه الأحسن كما مرّ، وعول عليه في المعيار كما رأيته قبل هذا البيت ويؤيده ما تقدم في قوله:

ومدع إرسالها كي تحتسب   من مهرها الحلف عليه قد وجب

كما لا يخفى وأما إن ادعى هو العارية وادعت هي الهدية فكذلك أيضاً لأن الأصل عدم خروج ملكه من يده إلا على الوجه الذي يقصده، وبالجملة فلا فرق بين أن يدعي هو الكسوة الواجبة أو العارية، فالراجح في ذلك كله قول الزوج وإن كان في الشامل صدر بمقابله فلا ينبغي التعويل عليه والله أعلم.

فصل في إثبات الضرر والقيام به وبعث الحكمين

قال ابن سلمون: وإذا ترددت المرأة بشكوى ضرر زوجها بها أمر جيرانها بتفقد أحوالها فإن لم يكن في الجيران من تجوز شهادته أمره بالسكنى بين قوم صالحين ولا يلزمه أن ينقلها من سكنى البادية إلى الحاضرة، ولكن يأمره بإسكانها حيث يجاورها من يشهد لها، وكذلك إن كان في طرف الحاضرة أمره بالسكنى بها في موضع يتبين فيه حالها، وكذلك إن اشتكت الوحشة ولم تشتك الضرر فعليه أن يضمها إلى موضع مأنوس إلا أن تكون عرفت ذلك ودخلت عليه فلا يلزمه نقلها فقوله: حيث يجاورها من يشهد لها الخ. يريد تنقل للمحل الذي يوجد فيه من يصلح للشهادة، ففي ابن عرفة عن ابن فتحون إن كانت بطرف الحاضرة وليس حولها من يرضى

فصل في إثبات الضرر والقيام به وبعث الحكمين

(**ويثبت الإضرار**) من الزوج لزوجته بأحد أمرين (بـ)ـشهادة (**الشهود**) عدلان فأكثر يشهدان

نقلت عنه لمن يرضى، وكذلك إن اشتكت ضرره وهي بالبادية لم يلزمه نقلها للحاضرة إلا أن لا يكون حولها من البادية من يرضى وتكون الحاضرة أقرب. وقال في المتيطية: إن ضربها ضرباً خفيفاً لغير الأدب لا قيام لها حتى يتكرر ذلك من فعله مراراً أو يكون الضرب فاحشاً إذ الضرب الخفيف لا يكاد يسلم منه الأزواج فصار كالمدخول عليه. وعن ابن القاسم قد تستوجب الضرب الوجيع بالذنب ترتكبه، وذلك إذا كان الذنب معروفاً قال: وقد شج عبد الله بن عمر زوجه صفية فلا تكون الشهادة بالضرر أو بالضرب حتى يقول الشهود إنه ضربها أو أضر بها في غير ذنب تستوجبه ثم قال: وقد ضرب الزبير أسماء بنت أبي بكر رضي الله عنها لكونها كانت تخرج بغير إذنه ضرباً وجيعاً فشكت بذلك إلى أبيها فقال لها: اصبري فإن الزبير رجل صالح، ولعله يكون زوجك في الآخرة فإنه بلغني أن الرجل الصالح إذا ابتكر امرأة تكون له زوجاً في الجنة اهـ باختصار.

٤٣٩ـ وَيَثْبُتُ الإِضْرَارُ بِالشُّهُودِ أَوْ بِسَمَاعٍ شَاعَ فِي الْوُجُودِ

(ويثبت الإضرار) فعل وفاعل **(بالشهود)** يتعلق به **(أو بسماع)** معطوف على ما قبله يليه **(شاع)** فاعله ضمير يعود على السماع **(في الوجود)** يتعلق بشاع والجملة صفة لسماع، ومعناه أن ضرر أحد الزوجين للآخر يثبت بأحد أمرين إما بشهادة عدلين فأكثر بمعاينتهم إياه لمجاورتهم للزوجين أو لقرابتهم منهما ونحو ذلك، وإما بالسماع الفاشي المستفيض على ألسنة الجيران من النساء والخدم وغيرهما بأن فلاناً يضر بزوجة فلانة بضرب أو شتم في غير حق أو تجويع أو عدم كلام أو تحويل وجهه عنها في فراشه كما في المتيطية قال مالك: وليس عندنا في قلة الضرر وكثرته شيء معروف.

تنبيهان. الأول: لا بد أن يضمن الشهود في الوجهين أنهم لا يعلمون أن المضر منهما رجع عن الإضرار بصاحبه وأقلع عنه وإلا لم تعمل كما في المعيار وغيره فإن ادعى الزوج أنها مكنته من نفسها بعد قيامها بالضرر وصدقته سقط حقها كانت جاهلة أو عالمة فإن ادعت الجهل لم يعذر قاله في المتيطية.

قلت: وينزل منزلة التصديق ثبوت الخلوة بينهما برضاها بعد القيام لأن القول لمدعي الوطء فيها كما يظهر ذلك من كلامها وهو ظاهر.

الثاني: لا يشترط ههنا في شهادة السماع أن ينصوا في وثيقته عن الثقات على المشهور قاله ابن رحال بخلاف غير الضرر فلا بد منه كما مر، وما ذكره هو الذي يفيده كلام المتيطية ونصها. ويجزي عند ابن القاسم عدلان على السماع الفاشي من لفيف الناس والجيران بذلك

بالقطع لمجاورتهم أو قرابتهم من الزوجين أو نحو ذلك **(أو بسماع شاع في الوجود)** أن فلاناً يضر بزوجته فلانة بضرب أو شتم في غير حق أو تجويع أو عدم كلام، أو نحو ذلك مما يقضي العرف أنه ضرر، قال مالك: وليس عندي في ذلك شيء معروف. ابن سلمون: ويثبت الضرر بالشهادة القاطعة وبالسماع المستفيض الفاشي على ألسنة اللفيف من النساء والخدم والجيران اهـ. ابن القاسم: وفي شهادة الشهود بالقطع على الضرر مغمز أصبغ: لا مغمز فيه ولا داخلة إذا عرفوه معرفة يقين.

وتكثير الشهود أحب إليه هذا هو المشهور من المذهب، وبه العمل. وحكى حسين بن عاصم: إنه لا تجوز شهادة السماع إلا عن العدول إلا في الرضاع فيجوز أن يشهد العدلان عن لفيف القرابة والجيران من النساء وهو أحسن لأنه لا يحضره الرجال في الأغلب، ثم قال: ولا يجوز في السماع بالضرر شهادة النساء وحدهن لأن الطلاق من معاني الحدود فلا تجوز فيه شهادة النساء اهـ. وانظر ما تقدم في شهادة السماع، ومفهوم النظم أنه لا يثبت بغير هذين الأمرين ولو شرطت عليه في أصل العقد أو بعده أنها مصدقة في الضرر الذي تدعيه بغير يمين، وفي ذلك تفصيل تقدم في فصل فاسد النكاح. وحاصله، إن كان بعد العقد لزم شرطها اتفاقاً وإن كان في صلب العقد فقال سحنون: أخاف أن يفسخ النكاح قبل البناء ولا تصدق فيه بعد الدخول إلا ببينة ونحوه لابن دحون، وظاهر النظم أنه الراجح لأنه جعل ثبوته بين الأمرين فقط، ولابن عبد الغفور أنه يلزمه الشرط حيث جعله لها فيه وفي الرحيل والزيارة دون المغيب، والظاهر من وثائق ابن فتحون أن المغيب كالضرر انظر ابن سلمون في فصل الشروط في النكاح، ومفهوم قولهم بغير يمين أنه بيمين يعمل بشرطها قولاً واحداً فتأمله.

٤٤٠ـ وَإِنْ تَكُنْ قَدْ خَالَعَتْ وَأَثْبَتَتْ إِضْرَارَهُ فَفِي اخْتِلاَعٍ رَجَعَتْ

(**وإن تكن**) شرط (**قد خالعت**) خبر تكن (**وأثبتت**) معطوف على ما قبله يليه (**إضراره**) مفعول بأثبتت وفاعله ضمير الزوجة (**ففي اختلاع**) يتعلق بقوله (**رجعت**) والجملة جواب الشرط دخلت عليه الفاء واختلاع مصدر بمعنى المفعول أي المخالع به، والمعنى أن الزوجة إذا خالعت زوجها على شيء دفعته له ثم أثبتت بعد ذلك إضراره بها ببينة القطع أو السماع فإنها ترجع بما خالعته به إن لم يكن عند الزوج مدفع فيما أثبتته من كونه اختلى بها طائعة بعد قيامها أو كونها مكنته من نفسها أو تجريحه البينة الشاهدة بضررها ونحو ذلك، والطلاق لازم على كل حال وإذا لم يجد الزوج مدفعاً واحتج بأن الزوجة قد أشهدت في رسم الخلع أنها فعلت ذلك طيبة النفس به فلا ينتفع بذلك لأن ثبوت الإكراه يسقط حجته كما أنه لا ينتفع بمجرد دعواه أنها مكنته من نفسها بعد القيام بالضرر، وقبل عقد الخلع وإنما عليها اليمين لرد دعواه. وظاهر النظم أن لها الرجوع وإن لم تسترع قبل عقد الخلع وهو كذلك إن قامت لها بينة لم تعلمها وقت الخلع اتفاقاً، وكذا إن علمت بها على الأصح لأن ضرره يحملها على الاعتراف بالطوع، وإذا استرعت فلا حجة للزوج عليها في إسقاطه في وثيقة الخلع (خ): ولا يضرها إسقاط البينة المسترعاة على الأصح.

ابن عرفة: شهادة. (بت): العلم بضرر الزوج عاملة قاله الباجي وغيره عن المذهب. ابن رشد: اتفاقاً وفي سماع أصبغ عن ابن القاسم أنها تجوز على السماع اهـ. وفي المختصر واعتمد في إعسار بصحبته وقرينة صبر كضرر الزوجين (**وإن تكن**) الزوجة (**قد خالعت**) زوجها على مال دفعته إليه وطلقها (**وأثبتت**) بعد ذلك (**إضراره**) بها إلى حين خالعته (**ففي اختلاع**) أي مختلع به وهو ما أعطته من مال (**رجعت**) قال في المجموعة: لا يضرها ما عقدت على نفسها من أنها فعلت طيبة النفس ولا إسقاط البينات المسترعاة، وثبوت الإكراه أي: الضرر يسقط ذلك عنها اهـ. وينفذ الطلاق بائناً كما بقوله:

٤٤١ـ وبالْيَمِينِ النَّصُّ فِي المُدَوَّنَهْ وقَالَ قَوْمٌ مَا الْيَمِينُ بَيِّنَهْ

(وباليمين) يتعلق بمحذوف خبر عن قوله: **(النص في المدونة)** والباء بمعنى «مع» والتقدير والنص في المدونة رجوعها مع اليمين إن خلعها لم يكن إلا للإضرار فهي في الحقيقة يمين تهمة لأنها تتهم أن تكون دفعت ذلك عن طيب نفس أي لكراهيتها المقام معه لا للإضرار. قال ابن سلمون: وهذه اليمين ذكرها ابن فتحون في كتابه وهو على مذهب المدونة الخ. فظاهره التعليل أنها واجبة مع رجوعها بشهادة السماع أو القطع كما هو ظاهر النظم، وأما اليمين لتكميل النصاب لكون السماع لا يستقل بدون يمين لضعفه ولكون القطع لا يصح ههنا فيستظهر بيمين على باطن الأمر لأنهم يقولون ولا يعلمون أنه رجع الخ. فمستفادة مما مر في فصل شهادة السماع ومن قوله فيما مر: وغالب الظن به الشهادة. فتبين أنه لا بد من يمينين مع كل من الشهادتين يمين لتكميل النصاب فيما قامت بهما قبل الخلع أو بعده، وقد تقدمت، ويمين لدفع التهمة وهي المقصودة ههنا، ولا تكون إلا عند إرادة الرجوع وهي محل الخلاف المشار له بقوله: **(وقال قوم)** فعل وفاعل **(ما)** نافية **(اليمين)** مبتدأ **(بينه)** خبره وهذا الخلاف جار على الخلاف في لحوق يمين التهمة وعدم لحوقها هذا هو الظاهر والله أعلم.

تنبيهان. الأول: قال في المتيطية في باب الشروط: ولو أن الخلع انعقد بينهما على حميل أخذه الزوج بما أعطته الزوجة ثم انفسخ ذلك عنها لثبوت الضرر بها فقال ابن العطار وأبو عمران: يرجع الزوج على الحميل لأن الإكراه إنما ثبت للزوجة لا للحميل ولا رجوع له على الزوجة بشيء. وقال ابن الفخار وغيره: لا رجوع له على الحميل لأنه بثبوت الضرر تبين أنه تحمل للزوج بما لا يحل له أخذه فلو ألزمناه ذلك لأبحنا أكل المال بالباطل وذلك مبني على الخلاف في الحمالة بالبيع الفاسد، وجواب ابن العطار جار على مذهب أشهب لأنه أدخل الزوج

(وباليمين) مع شهادة السماع القائمة بها بعد الخلع أو قبله كما في البيت الأول **(النص في المدونة)** وأما يمينها مع شهادة القطع بعد الخلع أنها ما خالعت إلا لأجل الضرر فليست في المدونة وهي في الوثائق المجموعة كما قاله الشارح، وفي ابن سلمون قال ابن فتحون: فإذا ثبت الضرر حلفت أن خلعها لم يكن إلا للإضرار اهـ **(وقال قوم ما اليمين بينة)** أي لا تلزم والخلاف موجود فيهما، والظاهر أن هذا اليمين لا بد منها مع شهادة السماع أيضاً فتحلف فيها يمينين وصرح بذلك ابن سلمون، ونصه: عقب ما مر عنه ويكتب في ذلك عقد حلفت بإذن القاضي فلان فلانة بحيث يجب وكما يجب يميناً قالت فيها: بالله الذي لا إله إلا هو لقد أضرني زوجي فلان المسمى في عقد كذا، وما كان إسقاطي لما أسقطت عنه في رسم الخلع إلا لإضراره بي وإساءته إلي ثم قال: وهذه اليمين ذكرها ابن فتحون في كتابه: وهي على مذهب المدونة ونص عليها ابن بطال وابن بشير وهي من قول أصبغ، ولابن القاسم في سماع أصبغ نفي اليمين وعدم وجوبها، وإن كان الضرر يثبت بالسماع اهـ. فإن نكلت فلا شيء لها. مالك: ومن علم من امرأته الزنا فليس له أن يضارها حتى تفتدى. ابن القاسم: فإن قالت: لا أصلي أو لا أصوم أو لا أغتسل من جنابة لم يجبر على فراقها، وإن شاء فارقها وحل له ما افتدت به. ابن رشد: له أن يؤدبها على ترك الصلاة ويمسكها.

في زوال عصمته لأنه يقول: لولا أنت لكنت أتوب عن ضررها وآخذ بخاطرها. وجواب ابن الفخار جار على مذهب ابن القاسم، وسواء على مذهبه علم الحميل بالضرر أو لم يعلم لأنه إن لم يعلم يقول: إنما تحملت في موضع يجب لي به الرجوع عليها، وإن علم يقول: إنما تحملت لأني علمت أن ذلك باطل لا يجب للزوج به شيء وبما لابن الفخار استمر العمل والقضاء اهـ من النهاية باختصار، وهو ظاهر بل صريح في أن الحمالة هنا على أنه إن أدى رجع به على المضمون عنه، وأما إن تحمل بذلك على معنى أنه إن رجعت الزوجة لثبوت ضرر ونحوه فهو الذي يغرم ذلك من ماله الخاص به فلا إشكال في لزوم ذلك كما مر عند قول الناظم ويسقط الضمان في فساد الخ. وانظر ابن سلمون في فصل نكاح المتعة قبل إنكاح الأب ابنته الثيب، وانظر ما تقدم عن البرزلي في باب الصلح، وعبارة ابن سلمون في الطلاق ما نصه، فإن عقد الخلع على اليتيمة أو غيرها ولي أو أجنبي فلها الرجوع على زوجها والطلاق ماض وهل يرجع الزوج على الذي عقد معه الخلع إذا لم يضمن ذلك؟ أقوال. الأول: أنه يرجع عليه وإن لم يضمن له لأنه هو الذي أدخله في الطلاق وهو قول ابن القاسم، وروايته عن مالك في كتاب الصلح من المدونة وقول أصبغ في الواضحة والعتبية.

الثاني: أنه لا رجوع له عليه إلا أن يلتزم الضمان وهو ظاهر قول ابن القاسم وروايته عن مالك في إرخاء الستور، وقول ابن حبيب أيضاً. والثالث: أنه إن كان أباً أو ابناً ومن له قرابة للزوجة فهو ضامن وإلاَّ فلا، وهو قول ابن دينار وإن عقدته المرأة وضمن للزوج وليها ما يلحقه من درك في الخلع المذكور ثم ظهر ما يسقط التزامها من ثبوت ضرر أو عدم أو غير ذلك، ففي ذلك قولان: أحدهما أن الضامن يغرم ما التزمه للزوج، والثاني أنه لا شيء عليه وكذلك البيع الفاسد اهـ. وقال في المتيطية في باب الخلع ما نصه: فإن أخذ الزوج على المرأة ضامناً فيما التزمت له من نفقة الأولاد أو أسقطته عنه، ثم أعدمت أو ثبت أنها في ولايته أخذ الزوج بإجراء النفقة على بنيه وطالب الحميل بغرم ما يرجع به عليه وهذا في العدم، وأما إن ثبت أنها في ولاية فعن ابن الماجشون أنه إن لم يعلم الزوج بسفهها فحقه على الحميل وإن لم يعلم بذلك الحميل لأنه أي الحميل دخل فيما لو شاء كشفه لنفسه، وإن كان الزوج عالماً بذلك لم يكن له سبيل إلى الحميل ولا إليها علم الحميل بذلك أم لا. لأن الزوج قصد الدخول فيما لا يصح له. وقال أصبغ في كتاب الكفالة من العتبية: يلزم الحميل ما تحمله عنها لزوجها قال: وتعقد في هذا الفصل وضمن فلان للزوج فلان غرم ما لحقه من درك فيما أسقطته فلانة عنه أو التزمت له في هذا الكتاب ضماناً لازماً لماله وذمته ألزم نفسه ذلك وقضى عليها به بعد معرفته بقدره وعلى ما ذكر من الالتزام والإسقاط والضمان طلق الزوج المذكور زوجه المذكورة على سنة الخلع وحكمه شهد الخ. انتهى بلفظ النهاية. فهذه الوثيقة دالة على أن له الرجوع على الحميل مطلقاً حيث رجعت الزوجة عليه، وما تقدم عنها إنما هو في الحمالة لا في الحمل كما مرّ، فهما مسألتان

تنبيه: فإذا أثبتت الضرر ورجعت في الخلع، وكان الزوج قد أخفى حميلاً بالدرك فهل تسقط الحمالة عن الحميل قال المتيطي: وبه العمل. وفي الشارح عن ابن لب أنه الصحيح، وفي ابن سلمون أنه قول ابن القاسم أو تلزمه ولا يرجع على المرأة بشيء قولان.

كما تقدم، وسواء نص في الوثيقة على أن الطلاق وقع على الإلزام والإسقاط والضمان كما قال أم لا. لأن ذلك هو مقصود الزوج والنص عليه إنما هو للاحتياط. واقتصر ابن يونس وابن فتحون على قول أصبغ، وكذا الونشريسي في طرر الفشتالي، وقد استبعد ابن رشد قول ابن الماجشون كما مرّ في الضمان، وذلك يدل على أن الراجح قول أصبغ كما تقدم، وهذه المسألة يكثر النزاع فيها فلذلك أطلنا فيها ههنا وفيما تقدم والله أعلم.

٤٤٢- كَـذَا إذَا عَـدْلٌ بِـالإِضْـرَارِ شَـهِـدْ فَـالـرَّدُّ لِـلْـخُـلْـعِ مَـعَ الـحَـلْـفِ اعْـتُـمِـدْ

(كذا) خبر لمبتدأ مضمر أي الحكم كذا، والظاهر أنه حال من ضمير اعتمد آخر البيت **(إذا)** ظرف مضمن معنى الشرط خافض لشرطه منصوب بجوابه **(عدل)** فاعل بفعل محذوف يفسره شهد **(بالإضرار)** متعلق بقوله **(شهد فالرد)** مبتدأ **(للخلع)** يتعلق به وهو بمعنى المخالع به **(مع الحلف)** حال **(اعتمد)** بالبناء للمفعول خبر المبتدأ والجملة جواب الشرط وهي مؤكدة لما أفاده التشبيه على الإعراب الأول، وقوله: شهد أي بالقطع إذ السماع لا يثبت بأقل من عدلين، وقوله: مع الحلف أي لتكميل النصاب وللاستظهار ولدفع التهمة فتحلف ثلاثة أيمان أن الضرر حق وأنه ما رجع عنه إلى وقوع الخلع وأنها ما دفعت المال إلا للإضرار وهذا هو الذي يوجب ما مر ولم أقف على نظير لهذه الأيمان الثلاث، ثم إن المرأتين بمنزلة العدل في ذلك لأن النزاع في المال، وأما الطلاق فماض على كل حال كما قال:

٤٤٣- لأنَّ ذَاكَ رَاجِـعٌ لِـلْـمَـالِ وَفُـرْقَـةٌ تَـمْـضِـي بِـكُـلِّ حَـالِ

(لأن ذاك راجع للمال، وفرقة تمضي بكل حال). (خ): ورد المال بشهادة سماع على الضرر ويمينها مع شاهد أو امرأتين ولا يضرها إسقاط البينات المسترعاة على الأصح وبكونها بائنة لا رجعية أو لكونه يفسخ بلا طلاق أو لعيب خيار به. قال البرزلي: ويجوز الاسترعاء في الضرر ولا يحتاج إليه إلا في إسقاط اليمين خاصة اهـ.

٤٤٤- وَحَـيْـثُـمَـا الـزَّوْجَـةُ تُـثْـبِـتُ الـضَّـرَرْ وَلَـمْ يَـكُـنْ لَـهَـا بِـهِ شَـرْطٌ صَـدَرْ

(وحيثما) اسم شرط **(الزوجة)** فاعل بفعل محذوف يفسره **(تثبت الضرر)** مفعول به **(ولم يكن)** جازم ومجزوم **(لها)** خبرها مقدم **(به)** يتعلق بالاستقرار في الخبر وضميره للضرر على حذف مضاف أي ينفيه **(شرط)** اسمها مؤخر **(صدر)** صفة والجملة من لم يكن الخ حال.

٤٤٥- قِـيـلَ لَـهَـا الـطَّـلاقُ كَـالْـمُـلْـتَـزِمْ وَقِـيـلَ بَـعْـدَ رَفْـعِـهِ لِـلْـحَـكَـمْ

(كذا إذا عدل) واحد **(بالإضرار شهد)** لها على القطع وحلفت معه امرأتان عدلتان وحلفت معهما **(فالرد للخلع مع الحلف اعتمد لأن ذاك)** النزاع **(راجع للمال)** والمال يثبت بشاهد وامرأتين أو أحدهما مع اليمين **(وفرقة)** بائنة **(تمضي)** بين الزوجين المتخالفين **(بكل حال)** رد المال أم لا **(وحيثما الزوجة)** وهي في العصمة **(تثبت الضرر)** بوجه من الوجوه المتقدمة، فإن كانت شرطت عليه في عقد النكاح أن لا يضر بها وأنه إن فعل فأمرها بيدها كان لها أن تأخذ بشرطها بعد الإعذار للزوج، ومن المعلوم أن الإعذار إنما يكون عند الحاكم، لكن لا تتوقف على تطليقه ولا على إذنه لها فيه، وإن لم تذكر ذلك **(ولم يكن لها به)** أي بالضرر أي نفيه **(شرط صدر)** في العقد الجملة حال **(قيل لها**

(قيل) مبني للمجهول ونائبه الجملة المحكية بعدها التي هي قوله: (لها الطلاق) مبتدأ وخبر (كالملتزم) بفتح الزاي حال من الطلاق ومعموله محذوف أي حال كون الطلاق كالطلاق الملتزم أي المشترط في عقد النكاح والجملة من قيل ومحكيه جواب الشرط. (وقيل) معطوف على قيل الأول (بعد) يتعلق بمحذوف دل عليه ما قبله أي وقيل لها الطلاق بعد (رفعه) مضاف إليه من إضافة المصدر لمفعوله وضميره للزوج (للحكم) بفتح الكاف لغة في الحاكم يتعلق بما قبله.

٤٤٦ـ وَيَزْجُرُ القَاضِي بِمَا يَشَاؤُهُ وَبِالطَّلاقِ إنْ يَعُدْ قَضَاؤُهُ

(ويزجر) بالنصب عطف على المصدر المذكور عملاً بقول الخلاصة:

وإن على اسم خالص فعل عطف تنصبه أن ثابتاً أو منحذف

ومعمول يزجر محذوف أي يزجره (القاضي) فاعل (بما) يتعلق بيزجر (يشاؤه) صلة ما (وبالطلاق) خبر مقدم (إن يعد) شرط حذف جوابه للدلالة عليه (قضاؤه) مبتدأ مؤخر ومعنى الأبيات الثلاث أن الزوجة التي في العصمة إذا أثبتت ضرر زوجها بها بشيء من الوجوه المتقدمة والحال أنها لم يكن لها بالضرر شرط في عقد النكاح من أنه إن أضرَّ بها فأمرها بيدها فقيل لها إن تطلق نفسها بعد ثبوت الضرر عند الحاكم من غير أن تستأذنه في إيقاع الطلاق المذكور أي لا يتوقف تطليقها نفسها على إذنه لها فيه، وإن كان ثبوت الضرر لا يكون إلا عنده كما أن الطلاق المشترط في عقد النكاح أي المعلق على وجود ضررها لها أن توقعه أيضاً بعد ثبوته بغير إذنه، وظاهره اتفاقاً. وقيل: حيث لم يكن لها شرط به لها أن توقع الطلاق أيضاً، لكن بعد رفعها إياه للحاكم وبعد أن يزجره القاضي بما يقتضيه اجتهاده من ضرب أو سجن أو توبيخ ونحو ذلك. ولم يرجع عن إضرارها ولا تطلق نفسها قبل الرفع والزجر، وفهم من قوله: قضاؤه أن الطلاق بيد الحاكم فهو الذي يتولى إيقاعه إن طلبته الزوجة، وامتنع منه الزوج وإن شاء الحاكم أمرها أن توقعه فعلى هذا القول لا بد أن يوقعه الحاكم أو يأمرها به فتوقعه، وإذا أمرها به فهي نائبة عنه في الحقيقة كما أنه هو نائب عن الزوج شرعاً حيث امتنع منه قال في عيوب الزوجين من المتيطية: فإذا ثبت ذلك العيب بإقراره أو الكشف عنه طلقها عليه الإمام ولا يفوض ذلك إليها هذا هو المشهور من المذهب. وروى أبو زيد عن ابن القاسم أنها توقع الطلاق دون أمر الإمام قال بعض الموثقين: والأول أصوب اهـ بلفظ النهاية. وهذا الخلاف الذي في العيب هو الخلاف الذي في الطلاق بالضرر أو بالإيلاء أو بالفقد أو بالعتق تحت العبد أو عسر النفقة ونحو ذلك كما في (تت) وغيره من شراح المتن، ولذا قال ابن عرفة في عيوب الزوجين أثر ما مرّ عن المتيطي ما نصه، ابن سهل: في كون الطلاق بعدم النفقة أو غيره إن أباه الزوج للحاكم أو للمرأة قولا أبي القاسم بن سراج وابن عتاب محتجاً برواية أبي زيد عن ابن القاسم من اعترض فأجل

الطلاق) ابتداء من أول مرة **(كالملتزم)** في عقدة النكاح **(وقيل)** لا تطلق إلا **(بعد رفعه للحكم)** أي القاضي **(ويزجر)**ه بالنصب عطفاً على المصدر.

(القاضي بما يشاؤه) من لوم أو غيره **(وبالطلاق إن يعد)** للإضرار بها ورفعته ثانياً **(قضاؤه)** ولا يقضي عليه بالطلاق من أول مرة.

سنة فلما تمت قالت: لا تطلقوني أنا أتركه لأجل آخر فلها ذلك ثم تطلق نفسها متى شاءت بغير سلطان الخ. وقال الجزيري بعد وثيقة الاسترعاء بالضرر ما نصه: فإذا ثبت هذا العقد وجب للمرأة الأخذ بشرطها بعد الإعذار للزوج، واختلف إن لم يكن لها شرط فقيل: لها أن تطلق نفسها كالتي لها شرط وقيل: ليس لها ذلك، وإنما ترفع أمرها إلى السلطان فيزجره ولا يطلق عليه حتى ترفع مرة أخرى فإن تكرر ضرره طلق عليه اهـ. وبالجملة فالقول الأول في كلام الناظم هو ما رواه أبو زيد عن ابن القاسم واحتج به ابن عتاب في بعض فتاويه، وصوبه ابن مالك ورجحه ابن سهل فقف عليه فيه، وعليه عول الناظم في النفقات حيث قال: وباختيارها يقع الخ. ووقعت نازلة من هذا المعنى في حدود الأربعين بعد المائتين والألف في امرأة غاب زوجها وأثبتت عدم النفقة فأجلها القاضي شهراً فلما تم الشهر حلفت بعدلين كما يجب وطلقت نفسها بغير أمره واعتدت وتزوجت، وبعد ذلك اطلع الإمام على فعلها فأراد فسخ النكاح محتجاً بما للمشهور ووافقه كل من شاور من فقهاء الوقت وخالفتهم في ذلك وقلت لهم: لا سبيل إلى ذلك لأن النكاح المختلف فيه يفسخ بطلاق احتياطاً للفروج ومراعاة لمن يقول بصحته، فكذلك الطلاق المختلف فيه يراعى لزومه للاحتياط، ولما مر عن أبي زيد وابن عتاب. ألا ترى أن ابن عرفة جعل كونه للمرأة مقابلاً ولم يقيده بكونه بعد إذنه لها لأن من فعل فعلاً لو رفع إلى الإمام لأسنده إليه على القول به المشار له بقول (خ) وإلاً فهل يطلق الحاكم أو يأمرها به ثم يحكم الخ. ففعله ماض ولما في السماع من أن المرأة إذا تزوجته على أنه حر فإذا هو عبد فلها أن تختار قبل أن ترفع إلى السلطان اهـ. ابن رشد: قوله لامرأته أن تختار قبل الرفع يريد أنها إن فعلت جاز ذلك إن أقر الزوج بغروره فإن نازعها فليس لها أن تختار إلا بحكم اهـ. نقله ابن عرفة. فهذا صريح في أن ما للمشهور ليس على سبيل الشرطية في صحة الطلاق، بل إنما يطلب ذلك ابتداء. وطلاقها نفسها قبل الرفع معمول به إن وقع، بل الظاهر أنه معمول به ولو لم يقر بالضرر أو بالغرور ونحو ذلك إذ غايته أنه إذا لم يقر وادعى البحث في شهود الضرر والعيب ونحوهما بجرحة أو غيرها مكن فإن أثبت ذلك وعجزت المرأة عن الطعن فيه فالطلاق مردود لأنه لم يقع في محله الشرعي، وإن عجز عن إثبات ذلك فالطلاق ماض فتوقف القاضي بعد ذلك أياماً ثم وقف على كلام القباب الذي نقله الشارح و(م) ههنا وأن ابن رجال استظهر لزوم الطلاق، وكذا قال سيدي محمد بن عبد الصادق في شرحه على المختصر: وأن المرأة إذا طلقت نفسها من غير رفع للحاكم فلا يبطل طلاقها قال: كمن قتل قاتل وليه قبل الرفع اهـ. فأمرها القاضي حينئذ بالبقاء تحت زوجها الثاني الذي كان عزلها منه والله أعلم.

تنبيهات. الأول: إذا كان للرجل زوجتان فأكثر وطلبت إحداهما الانفراد بدار لأنها تتضرر بالاجتماع مع ضراتها، وزعم أنه لا يثق بها فالقول قوله ولا تجاب لما طلبت لفساد الزمان، وحينئذ فإذا سكن بين قوم صالحين فللزوج أن ينتقل بضراتها معها ولا مقال لها. نص على ذلك غير واحد من شراح المتن. وقال بعض من حشاه هو الذي عليه العمل قال: ولا فرق بين البوادي والحواضر، ويكفيه أن يخص كل واحدة ببيتها اهـ. وبهذا كنت أحكم حين ولايتي القضاء بفاس صانها الله من كل باس، وكنت أقول للزوجة الطالبة للانفراد إن أضرت بك ضرتك فارفعيها للحاكم اهـ.

الثاني: علم مما مر أنها لا تطلق نفسها على القول به ولا يطلقها الحاكم أيضاً على مقابله إلا بعد الإعذار للزوج فيما ثبت عليه وعجزه عن الطعن فيه، فإن طلقت نفسها أو طلق الحاكم قبل الإعذار له فقد قال ابن عبد الصادق في شرحه المذكور ما نصه: وأما الزوجة إذا أثبتت الضرر وطلقت نفسها فإن بحث زوجها بعد طلاقها في الشهود وجرحهم مثلاً فطلاقها مردود اهـ. وكذا يقال في تطليق الحاكم عليه قبل الإعذار والله أعلم. كما استظهرناه آنفاً ونحو هذا في اختصار المتيطية فيما إذا كان لها به شرط قال فيه: وإذا طلقت المرأة نفسها دون إذن الحاكم ثم قدم الزوج لزمه ما فعلته إن كان مقراً بالشرط والمغيب، فإن أنكره وثبت الشرط المذكور بشهود الطلاق أو غيرهم لزمه أيضاً فإن جرح البينة وقد تزوجت ردت إليه.

الثالث: لا بد من تكرار الضرر حيث كان أمراً خفيفاً فإن كان ضرباً فاحشاً كان لها التطليق به ولو لم يتكرر كما مر أول الفصل عن المتيطية وقول (خ) ولها التطليق بالضرر ولو لم تشهد البينة بتكرره لا يعول عليه، بل لا بد من التكرار حيث كان خفيفاً كما مر. ولذا قال بعضهم: هو على حذف الصفة أي: ولها التطليق بالضرر البين أي الفاحش، والقول الثاني في النظم صريح في اشتراط التكرير إلا أن ظاهره أنه لا بد من الزجر والتكرار ولو كان بيناً فاحشاً وليس كذلك كما في النقل. قال ابن عبد الصادق المذكور معترضاً على ظاهر لفظ (خ) ما نصه: والعجب كيف تطلق المرأة نفسها بالمرة الواحدة من تحويل وجهه عنها وقطع كلامه ومشاتمته إلى غير ذلك مما عدوه من الضرر بالمرة الواحدة إذ لا يخلو عنه الأزواج مع أن مسائل مبنية على ثبوت التكرار كالسكنى بين قوم صالحين وبعث الحكمين واختبارهما أمور الزوجين المرة بعد المرة قال: وقد نزلت فاحتج بعض المفتين بظاهر (خ) وخالفه غيره فعظم الأمر حتى وصل إلى أمير الوقت فحكم بأنه لا بد من التكرار.

الرابع: في البرزلي: أن ابن عرفة سئل عن الهاربة عن زوجها من جبل وسلات على نحو من البريدين من القيروان وتذكر أن زوجها يضربها وتريد خصامه وتخشى على نفسها إن عادت إليه بعد الفرار أن يقتلها، فيكتب الحاكم لمن يزعج الزوج فتارة يأتي جواب المبعوث إليه بالإزعاج للخصم بخط غير معروف ولفظ غير محصل، وتارة لا يصل الجواب، وتارة يذكر أن الزوج تعصب أو فرّ ويتعذر الجواب بالكلية فيطول أمر المرأة وتريد أن تقطع على زوجها بعدم النفقة وكيف إن فرت غير ذات الزوج إلى المدينة المذكورة من الجبل المذكور وتريد التزوج وهي من ذوات الأقدار ولها ولي بالجبل المذكور فهل للحاكم أن يزوجها؟ فأجاب: حاصل أمر المرأة أنها بمحل لا تناله الأحكام الشرعية غالباً، فهو حينئذ كغائب عنها لم يترك لها نفقة أو حاضر قادر على الإنفاق وعجز عن أخذه منه كرهاً وأيّاً ما كان فللزوجة القيام بموجب التطليق للضرر وفرارها منه بعد تزويجه إياها بذلك المحل لا يبطل حقها لوجهين. الأول حرمة المقام بذلك المحل. الثاني: أن رضاها به أولاً لا يسقط قيامها به ثانياً كرضاها بإثرة عليها أولاً لا يمنع قيامها ثانياً ونحو ذلك، وأما مسألة الولي فلا بد من الكتب والإعذار إليه والتلوم إن أمكن دون عسر وضرر طول وإلا سقط وزوّجها الحاكم اهـ باختصار. ثم ذكر عن ابن رشد نحوه قائلاً: الذي استقريته من أحوال قرى القيروان حين كنت مقيماً بها أنها لا تنالها الأحكام، فأرى أن لا تمكن

الهاربة من زوجها إلى الخروج إلى القرى وإلى الجبال التي حولها نحو جبل وسلات وجبل ضراوة وجبل السرج، وقد وقع شيء من هذا وهربت امرأة فمكنها القاضي من زوجها وردها لقريتها فقتلها في الطريق اهـ.

قلت: ومثله في الجبال التي حول فاس ونواحيها في وقتنا لتعذر الأحكام فيها فيجري حكمها على ما تقدم في جبل القيران وقراها كما شاهدناه في وقتنا هذا والله أعلم.

الخامس: قال في المتيطية: فإن ضربها وزعم أن ذلك على وجه التأديب لذنب أتته فإن كان مثله ممن يؤدب ويعتني بالأدب صدق، وإن كان ليس من أهل الأدب ولا يعتني به فعليه البينة أنه إنما ضربها لذنب تستوجب به الضرب والقول قولها حينئذ أنه ظالم لها قال: فإن أنكر ضربها جملة وقامت لها بينة به كان لها الخيار فإن قال بعد ذلك كان لذنب أتته لم يقبل قوله لإنكاره الأول قال: وفي العتبية عن مالك فيمن حلف بطلاق زوجته ليجلدنها خمسين سوطاً فإنه يمنع من ضربها وتطلق عليه، ونحوه حكى ابن حبيب في الواضحة أن من حلف بطلاق امرأته ليجلدنها أكثر من عشرة أسواط مثل الثلاثين أن السلطان يطلقها عليه إذا كان ذلك لغير شيء تستوجبه فإن لم يعلم بذلك حتى جلدها برّ في يمينه وعوقب بالزجر والسجن ولم تطلق عليه إلا أن يكون بها من الضرب آثار قبيحة لا يليق بمثلها فتطلق عليه للضرر إذا تفاحش ذلك وطلبت الفراق اهـ.

قلت: ما لم تذنب ما تستوجب به ذلك فقد نص ابن القاسم على ما رواه حسين بن عاصم أن المرأة قد تستوجب الضرب الوجيع بالذنب ترتكبه إذا كان الذنب معروفاً. وقد تقدم ذلك أول الفصل قال: ولو حلف بطلاقها ليجلدنها عشرة أسواط ونحوها خلى بينه وبينها وقد أساء. ولا تطلق عليه يريد ويصدق في أنها صنعت ما تستوجب به ذلك لا أنه يكون له ذلك دون سبب، وكذلك من حلف بحرية عبده ليضربنه ضرباً يسيراً دون شيء أذنبه لم يمكن منه. وقال ابن أبي زيد: يمكن من ذلك وهو بعيد ولا يصح أن يقال ذلك في الحرة قال: ومن هذا المعنى لو حلف بطلاق امرأته الأخرى أو بحرية عبده ليجلدن هذه خمسين سوطاً فإن السلطان يحنثه إلا أن يثبت عليها أنها فعلت ما تستوجب به ذلك ولو كانت يمينه على ذلك بالله أو بصيام أو بمشي وشبهه مما لا يقضي به فأبت المرأة أن تذهب معه مخافة أن يضربها ليسقط عن نفسه ما حلف عليه، فلها ذلك من أجل أنه لا يؤمن عليها ويطلقها الحاكم طلقة بائنة اهـ. وسئل سحنون عن المرأة تشتكي أن زوجها يضربها وبها آثار ضرب ولا بينة على معاينة ضربه قال: يسئل عنها جيرانها فإن قالوا شأنه لا ينزع عن ظلمها أدبه وحبسه فإن سمع الجيران الصياح منها ولم يحضروا ضربه إياها أدبه أيضاً لأن هذه الآثار لو كانت من غيره لشكا هو ذلك وأنكره اهـ. فعلم منه أن العشرة أسواط فما دونها من الخفيف الذي لا بد فيه من التكرار حيث ادعى هو ما يوجب ذلك، وهذا ما لم تحصل منه آثار قبيحة كما مرّ.

السادس: قول الناظم تثبت الضرر أي في بدنها كما مر، وأما إن أضر بها في مالها ولم يكن لها عليه فيه شرط نهي عن ذلك وأغرم ما أخذه منه فإن عاد بعد النهي عاقبه السلطان ولم يطلق عليه، وإن تكرر إضراره اهـ. وقد تحصل أنه إن أضر بها في بدنها فلها التطليق من غير

رفع للحاكم إذا كان لها به شرط وثبت الضرر عند الحاكم ولم يجد الزوج فيه مطعناً وإن لم يكن لها به شرط فقولان. أصحهما لا بد من الرفع فإن طلقت نفسها بدون رفع مضى طلاقها كما مر، وحيث كان الضرر في بدنها فالكلام لها وإن سفيهة مولى عليها ولا كلام لوليها إلا بتوكيل منها وإن كان الضرر في مالها فالكلام له لا لها والله أعلم.

السابع: إذا اشترطت عليه الزوجة أن لا يغيب عنها نصف سنة مثلاً وإن فعل فأمرها بيدها فغزا العدو في عسكر مأمون يمكنه الرجوع منه قبل انقضاء مدة المغيب فهزم الجيش وأسر الزوج حتى مضى الأجل المعلق عليه فلا خيار لها لأنه معذور، وكذا إن مرض أو سجن سجناً لا يقدر على دفع موجبه أو منعته فتنة أو فساد طريق حتى مضى الأجل بخلاف ما لو غزا في سرية فأسر أو سافر في بحر فتعذرت الرياح فينبغي أن لا يعذر لأنه غر بنفسه. انظر المتيطية وابن عرفة في مبحث الشروط.

٤٤٧ـ وَإِنْ ثُبُوتُ ضَرَرٍ تَعَذَّرَا   لِزَوْجَةٍ وَرَفْعُهَا تَكَرَّرَا

(**وإن**) شرط (**ثبوت ضرر**) فاعل بفعل محذوف يفسره (**تعذرا**) أي وإن تعذر ثبوت ضرر في إقامة البينة عليه (**لزوجة**) يتعلق به. ورفعها) مبتدأ خبره (**تكررا**) والجملة حال أي والحال إن رفعها للحاكم شاكية به تكرر.

٤٤٨ـ فَالحَكَمَانِ بَعْدُ يُبْعَثَانِ   بَيْنَهُمَا بِمُقْتَضَى الْقُرْآنِ

(**فالحكمان**) مبتدأ (**بعد**) يتعلق بالخبر الذي هو قوله (**يبعثان**) بضم الياء مبنياً للمفعول (**بينهما**) يتعلق بالمبتدأ المذكور، والجملة جواب الشرط أي فالحكمان بينهما يبعثان بعد تكرار شكواها، وسؤال القاضي جيرانها عن أمرها إن كان فيهم عدول وأسكنها معهم وعمي أمرها. قال ابن سهل: إذا شكت الزوجة ضرر زوجها فالواجب أن تسئل بيان ضررها فلعله منعها من الحمام وتأديبها على ترك الصلاة فإن بينت ضرراً لا يجوز وقف عليه زوجها فإن أنكره أمرها بالبينة فإن عجزت وتكررت شكواها كشف القاضي عن أمرها جيرانها إن كان فيهم عدول فإن لم يكونوا فيهم أمر القاضي بإسكانها بموضع يكون له جيران عدول فإن كان من ضرره ما يوجب تأديبه أدبه وإن كان لها شرط في الضرر أمر لها بالأخذ به وإن عمي خبرها بعث الحكمين اهـ من ابن عرفة.

تنبيه: ظاهر كلامه ككلام الناظم وابن سلمون وغيرهم أنه لا يجب على الزوج ضمان الضرر حيث أمرها بالإسكان مع قوم صالحين فما يفعله القضاة اليوم من إلزامه بذلك وسجنه إن لم يجده خطأ صراح إذ لا مستند له فيما علمت على أن الضرر لا يمكن استيفاؤه من ضامنه فإن كان المراد به ضامن الطلب كما قال (خ) وبالطلب وإن في قصاص الخ. فإنه يجب أن يبين ذلك للزوج وأنه إن عجز عنه لا يسجن لأجله إذ لا يسجن أحد فيما يترقب ثبوت ما يوجبه الحكم

(**وإن ثبوت ضرر**) ثبوت فاعل بفعل محذوف يفسره (**تعذراً**) أي: وإن تعذر ثبوت الضرر وإقامة البينة عليه (**لزوجة ورفعها**) للحاكم شاكية (**تكررا فالحكمان بعد**) أي بعد شكواها وعجزها عن إثبات دعواها (**يبعثان بينهما**) متعلق بقوله الحكمان (**بمقتضى القرآن**) حكماً من أهله وحكماً من

عليه. ولم أقف على من قال به، وأما ضامن الفرض فهو من ضمان ما هو آيل للزوم كما قال (خ) بدين لازم أو آيل لكن لا يلزم إعطاء الضامن به بحيث إذا عجز عن إعطائه يسجن لأجله، وإنما معنى كلام الأئمة إذا طاع المضمون عنه به صح الضمان، ولم أقف أيضاً على من قال بإلزام الزوج بذلك قبل ترتب الفرض المذكور في ذمته، إذ لا يصير ديناً عليه قبل مضي زمنه، وحينئذ فلا يسجن لعجزه عن الضامن قبل ترتبه عليه ما لم يزد سفراً فيطلب بالكفيل حينئذ فإن فر طلقت عليه بعدم النفقة أو يباع ماله فيها إن كان له مال. ولا يقال المرأة لا يلزمها أن تمكنه من الاستمتاع إلا بضامن في نفقتها لأن الاستمتاع في مقابلة النفقة فيكون ذلك من باب قول (خ) وداين فلاناً ولزم فيما ثبت الخ. لأنا نقول إنما يكون لها منعها من نفسها إذا ثبت الضرر وأرادت القيام به كما مرّ والفرض ههنا أنه لم يثبت ومنعها من الاستمتاع حتى يعطيها ضامناً بنفقتها المستقبلة خلاف ظاهر كلام الأئمة، وخلاف ظاهر قول (خ) وليس لها منع نفسها وإن منعته من الدخول والوطء بعده الخ. فإذا لم يكن لها منع نفسها فيما وجب لها الآن فأحرى فيما يجب في المستقبل فما يفعله القضاة اليوم من سجنه بالعجز عن ضامن الفرض المذكور لا مساعد له نقلاً. وانظر (ح) عند قوله في النكاح: أو على شرط يناقض المقصود يتبين ما ذكرناه، وانظر أيضاً عنه قوله في النفقات ولها طلبه بنفقة المستقبل الخ. (بمقتضى) يتعلق بالخبر المتقدم (القرآن) أي حكماً من أهله وحكماً من أهلها.

٤٤٩- إنْ وُجِدَا عَدْلَيْنِ مِنْ أَهْلِهِمَا وَالْبَعْثُ مِنْ غَيْرِهِمَا إنْ عُدِمَا

(إن وجدا) شرط فيما قبله حذف جوابه للدلالة عليه (عدلين) حال من نائب وجدا لأن الظاهر أنها لا تتعدى لاثنين ههنا (من أهلهما) حال بعد حال (والبعث) مبتدأ (من غيرهما) خبر أي كائن من غير أهلهما (إن عدما) بالبناء للمفعول شرط حذف جوابه للعلم به. وحاصله: أن المرأة إذا تكررت شكواها بضرر زوجها فإن الحاكم يأمر جيرانها بتفقد أحوالها فإن لم يكن في الجيران من تجوز شهادته سكنهما بين قوم صالحين ولا تنقل للحاضرة كما مرّ أول الفصل، وكذا الحكم إن تكررت شكواه بها فإن شهد الجيران الذين تجوز شهادتهم أو القوم الصالحون الذين سكنوا بينهم بضرره بها فهو ما مر قبل هذه الأبيات. وإن لم يشهدوا بشيء لكونهم أشكل عليهم أمرهما ولا زالت الزوجة تشتكي الضرر فإن الحاكم حينئذ يبعث حكمين فقيهين بذلك الأمر الذي ينظران فيه عدلين من أهلهما فإن عدم وجودهما من أهلهما أو وجدا ولكن كانا غير فقيهين أو غير عدلين أو عدلين فقيهين، ولكن تعذر بعثها بعث حكمين فقيهين عدلين من غير أهلهما فيدخلان عليهما المرة بعد المرة ويجتهدان في الإصلاح بينهما، ويخلو كل منهما بصاحبه إن كانا من أهلهما ويقول له: ما تنقم منها أو منه وإن كان لك غرض فيها رددناها إليك صاغرة أو رددناه ويذكرانهما (خ): وسكنهما بين قوم صالحين إن لم تكن بينهم وإن أشكل أي دام الإشكال

أهلها (إن وجدا عدلين من أهلهما) وأمكن بعثهما وندب كونهما جارين (والبعث من غيرهما) أي غير أهلهما (إن عدما) أي الحكمان في أهليهما أو كانا غير عدلين أو لم يمكن بعثهما، وحيث ذهب الحكمان إلى الزوجين فعليهما أن يجتهدا في الإصلاح بينهما ويخلو كل واحد منهما بصاحبه ويقول له: ما تنقم منها أو منه وإن كان لك غرض فيها رددناها إليك صاغرة أو رددناه، ويذكرانهما فإن

بعث حكمين من أهلهما إن أمكن وبطل حكم غير العدل إلى أن قال: وعليهما الإصلاح فإن تعذر فإن أساء الزوج طلقا بلا خلع، وبالعكس ائتمناه عليها أو خالعا له بنظرهما وإن أساء فهل يتعين الطلاق بلا خلع أو لهما أن يخالعا بالنظر وعليه الأكثر تأويلان الخ. وانظر لو دام الإشكال بعد بعث الحكمين وطال الأمر ولا زالت الشكوى مترددة هل يخالعان بالنظر حيث لم تطلب عشرتهما أو يأتمناه عليها أو يرسل حكمين آخرين أو أمينة، إذ ربما لم يتبين للحكمين الأولين حالهما لتقصيرهما أو لعدم معرفتهما بالقرائن، إذ الضرر مما يعتمد فيه على الفراش ولا يعرفها إلا الفطن الناقد. وهذا هو الظاهر. وقوله: وبالعكس ائتمناه عليها أي ما لم يرد فراقها وإلا فرقا ولا شيء لها من المهر، بل لو حكما عليها بأكثر من المهر جاز إن كان سداداً نقله ابن عرفة.

٤٥٠ـ وَمَا بِهِ قَدْ حَكَمَا يُمْضىٰ وَلا   إِعْذَارَ لِلزَّوْجَيْنِ فِيمَا فَعَلاَ

(وما) مبتدأ موصول **(به)** يتعلق بالصلة التي هي **(قد حكما)** وقوله: **(يمضى)** بالبناء للمفعول خبر ويحتمل أن يكون بفتح الياء وكسر الضاد مبنياً للفاعل بمعنى ينفذ **(ولا)** نافية للجنس **(إعذار)** اسمها **(للزوجين)** خبرها **(فيما)** يتعلق بالاستقرار في الخبر **(فعلا)** صلة ما والعائد محذوف أي فعلاه. ابن عرفة عن الباجي: وحكمهما على وجه الحكم لا الوكالة فينفذ وإن خالف مذهب من بعثهما جمعاً أو فرقاً. ابن شاس وقيل: بل هما وكيلان. ابن عرفة: ودلالة ابن الحاجب على عدم نفوذه على القول بالوكالة لا أعلمه في المذهب بحال، بل الجاري عليه غير ذلك حسبما يأتي إن شاء الله اهـ. وفي المقدمات لا إعذار لأحد الزوجين فيما حكم به الحكمان لأنهما لا يحكمان بالشهادة القاطعة، وإنما يحكمان بما خلص إليهما من علم أحوالهما بعد النظر والكشف نقله (م) ونقله ابن عرفة بلفظ: لأنهما لا يحكمان في ذلك بالبينة القاطعة، ومعناه والله أعلم أن الشارع جعل لهما أن يستندا لعلمهما فيما حكما به فليسا بشاهدين عند الغير بما علما حتى يعذر فيهما وإلاَّ فكل شاهد إنما يشهد بما خلص إليه من أمر المشهود به، وفيه الإعذار على كل حال، وهذا على القول الأول، وأما على الثاني فإنهما نائبان عن القاضي كالموجهين للتحليف والحيازة ونحوهما فلا إعذار أيضاً كما مر، وفهم من قوله: حكماً الخ. أنه لو انفرد أحدهما بالحكم بالطلاق أو بغيره لم ينفذ ولو اجتمعا عليه بعد وهو كذلك كما في ابن عرفة عن اللخمي وإن اجتمعا على الطلاق واختلفا في كونه على مال معلوم أو بلا شيء فإن لم تلتزم الزوجة للمال فلا طلاق وإن أوقعا أكثر من طلقة واحدة فلا تلزم إلا الواحدة.

تعذر الإصلاح فإن كانت الإساءة من الزوج وحده طلقاها عليه بلا خلع، وإن كانت منها ائتمناه أو خالعا له بنظرهما في كونه بالصداق كله أو بعضه، وإن كانت منهما فهل يطلقان عليه بلا خلع أو لهما أن يخالعا بالنظر تأويلان. **(وما به قد حكما يمضي)** على الزوجين **(ولا إعذار للزوجين فيما فعلا)** قال ابن رشد: لأنهما لا يحكمان بالشهادة وإنما يحكمان بما خلص إليهما من أحوالهما بعد النظر والكشف والله سبحانه أعلم وأحكم.

فصل في الرضاع

هو لغة بفتح الراء وكسرها مع إثبات التاء وتركها من باب تعب في لغة نجد، ومن باب ضرب في لغة تهامة وأهل مكة يتكلمون بهما قاله في المصباح. عياض: وأرضعته أمه وامرأة مرضع أي لها ولد ترضعه فإن وصفتها بإرضاع الولد قلت مرضعة قال في الكافية:

وما من الصفات بالأنثى يخص عن تاء استغنى لأن اللفظ نص
وحيث معنى الفعل ينوي التاء زد كذي غدت مرضعة طفلاً ولد

وحاصله؛ أنه إن أريد أنها ترضع بالقوة فيجرد من التاء وإن أريد أنها ترضع بالفعل فتثبت التاء قاله (م). وشرعاً قال ابن عرفة: هو وصول لبن آدمي لمحل مظنة غذاء آخر، ثم علل تعريفه بالوصول الشامل للوصول من الفم وغيره بقوله: لتحريمهم بالسعوط والحقنة ولا دليل إلا مسمى الرضاع اهـ. لكن لا بد أن يصل للجوف من منفذ واسع ولو ظناً أو شكاً وإن من أنف وهو السعوط بفتح السين لا من عين أو أذن فلو وصل للحلق ورد فلا. ولا بد أن يحصل في الحقنة الغذاء به بالفعل، ولا تكفي المظنة ولا بد أيضاً أن يحصل قبل الاستغناء عنه بالطعام فإن استغنى ولو داخل الحولين فلا.

٤٥١ـ وَكُلُّ مَنْ تَحْرُمُ شَرْعاً بِالنَّسَبْ فَمِثْلُهَا مِنَ الرَّضَاعِ يُجْتَنَبْ

(**وكل من**) مبتدأ ومضاف إليه (**تحرم**) صلة الموصول (**شرعاً**) تمييز أو منصوب على إسقاط الخافض وهو أظهر معنى (**بالنسب**) يتعلق بتحرم (**فمثلها**) مبتدأ (**من الرضاع**) حال منه على ضعف (**يجتنب**) بالبناء للمفعول خبر المبتدأ الثاني والثاني وخبره خبر الأول ودخلت الفاء في هذا الخبر لشبه المبتدأ بالشرط في العموم والإبهام. والمحرم شرعاً بالنسب سبع: وهي المذكورات في قوله تعالى: ﴿حرمت عليكم أمهاتكم﴾ [النساء: ٢٣] الآية والمحرم من الرضاع سبع أيضاً: اثنان

فصل في الرضاع

هو بفتح الراء وكسرها مع إثبات التاء وتركها. قال في المصباح: رضع من باب تعب في لغة نجد ومن باب ضرب في لغة تهامة، وأهل مكة يتكلمون بهما اهـ. عياض: وأرضعته أمه وامرأة مرضع أي لها ولد ترضعه فإن وصفتها بإرضاع الولد قلت مرضعة قال في الكافية:

وما من الصفات بالأنثى يخص عن تاء استغنى لأن اللفظ نص
وحيث معنى الفعل ينوي التاء زد كذي غدت مرضعة طفلاً ولد

وفي الشرع قال ابن عرفة: الرضاع عرفاً وصول لبن آدمي لمحل مظنة غذاء آخر.

(**وكل من تحرم شرعاً بالنسب**) وهنّ السبع المذكورات في قوله تعالى: ﴿حرمت عليكم أمهاتكم﴾ [النساء: ٢٣] الآية (**فمثلها**) وهي الأم (**من الرضاع**) والبنت من الرضاع والأخت منه والعمة والخالة وبنت الأخ من الرضاع أيضاً وبنت الأخت (**يجتنب**) وجوباً لحرمة نكاحه اثنان بالكتاب لقوله تعالى: ﴿وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وإخوانكم من الرضاعة﴾ [النساء: ٢٣] والباقي بالسنة قال ﷺ: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» فكل من أرضعتك أو أرضعت من ولدك بواسطة أو غيرها فهي أمك فتحرم عليك مرضعتك ويحرم عليك بناتها وإن سفلن، وأخواتها لأنهن خالات، وهكذا

بالكتاب وهي الأم من الرضاع والأخت من الرضاع لقوله تعالى: ﴿وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة﴾ [النساء:٢٣] والباقي بالسنة وهي البنت من الرضاع والعمات منه والخالات منه وبنت الأخ منه وبنت الأخت منه لقوله ﷺ: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب». فلما كان اللبن يحرم من قبل المرضعة ومن قبل الفحل نزلت المرضعة منزلة أم النسب فحرمت على الرضيع هي وبناتها وإن سفلن لأنهن أخوات للرضيع أو بنات أخت له وأخواتها لأنهن خالات وأمهاتها وإن علين لأنهن جدات له، ونزل الفحل منزلة الأب فحرم من قبله على الرضيع ما يحرم عليه من قبل أبي النسب فيحرم على ذلك الرضيع إن كان ذكراً أن يتزوج بأم أبيه من الرضاع وإن علت لأنها جدته، وبابنة أبيه منه لأنها أخته، وبأخت أبيه لأنها عمته، وبابنة أخته أو أخيه منه، وهكذا وإن كان الرضيع أنثى فيحرم عليها أن تتزوج بأبيها منه ولا بأبيه لأنه جدها وإن علا، وبأخي أبيها منه لأنه عمها وبأخيها وبابن أخيها وأختها منه وإن سفلوا، ولا تحرم الأم التي أرضعتك على أخيك ولا على أبيك وكذا بناتها. (خ): وقدر الطفل خاصة ولداً لصاحبة اللبن ولصاحبة من وطئه لانقطاعه ولو بعد سنين الخ. وقال في الرسالة: ومن أرضعت صبياً فبنات تلك المرأة وبنات فحلها ما تقدم أو تأخر أخوات له ولأخيه نكاح بناتها اهـ. وكذا نكاحها إذ لا رضاع بينه وبينها ولا نسب. وحاصله أن زيداً إذا أرضعته هند مثلاً وزوجها خالد ولهما ابن اسمه عمرو فاجعل زيداً كعمرو في الحكم من غير فرق أصلاً، فكل من يحرم على عمرو يحرم على زيد، ويأتي قول (خ) في النكاح: وحرام أصوله وفصوله الخ. فكل ما تفرع من أبناء زيد فحكمهم حكم أبيهم زيد، وكذا ابن زيد رضاعاً أي من رضع في لبنه بخلاف أصول زيد وأخوته فلا تحرم عليهم هند ولا أخواتها ولا بناتها من أجل إرضاع زيد، بل إن كان هناك سبب آخر للحرمة اعتبر من مصاهرة أو رضاع فكذلك وإلاَّ فلا، وبالجملة فالرضيع وفروعه نسباً ورضاعاً يحرم عليهم المرضعة وفروعها نسباً ورضاعاً، وكذا يحرم عليهم أصولها نسباً ورضاعاً، وكذا أصول بعلها وفروعه من غيرها نسباً ورضاعاً وإن علوا الأصول أو سفل الفروع في الجميل، وكذا يحرم عليهم حواشيها وحواشي بعلها، وأما أبناء حواشيها فلا يحرموا على الرضيع فضلاً عن فروعه كالنسب، وأما أصول الرضيع وحواشيه نسباً ورضاعاً فلا تحرم عليهم المرضعة ولا فروعها ولا أصولها ولا حواشيها وهم المستثنون وفي كلام (خ) وانظر بسط اعتراض ابن عرفة على ابن دقيق العيد في الاستثناء الذي أشار له (خ) بقوله: إلا أم أخيك الخ. في الورقة السابعة والعشرين والمائة من أنكحة المعيار واعتراضه مناقشة لفظية لا غير، وبالجملة فوجه اعتراضه أن قوله عليه السلام: «يحرم بالرضاع» الخ. أي بسبب

ولا تحرم هي ولا بناتها على أخيك ولا على أبيك (خ): وقدر الطفل خاصة ولداً لصاحبة اللبن ولصاحبه من وطئه لانقطاعه ولو بعد سنين، وقال في الرسالة: ومن أرضعت صبياً فبنات تلك المرأة وبنات فحلها ما تقدم أو تأخر إخوة له ولأخيه نكاح بناتها اهـ. وكذا نكاحها إذ لا رضاع بينه وبينها ولا نسب ولا يحتاج إلى الاستثناء الذي ذكره ابن دقيق العيد، وتبعه (خ) إذ قال: إلا أم أخيك أو أختك الخ لأنه لم يشمله عموم ما يحرم من النسب ولا اندرجت النسوة المذكورات تحته، ولذا رده ابن عرفة.

الرضاع فالباء سببية ولا رضاع بينك وبين أم أخيك من الرضاع فلم تدخل معناه حتى يحتاج إلى استثنائها وأم أخيك من النسب لم تحرم من جهة كونها أم أخيك، بل من جهة أنها أمك أو زوجة أبيك، وهكذا والله أعلم.

٤٥٢ـ فَإِنْ أَقَرَّ الزَّوْجُ بِالرَّضَاعِ فَهُوَ إِلَى فَسْخِ النِّكَاحِ دَاعِي

(**وإن أقر**) شرط (**الزوج**) فاعل (**بالرضاع**) يتعلق بفعل الشرط (**فهو**) مبتدأ عائد على الإقرار المفهوم من أقر (**إلى فسخ النكاح**) يتعلق بالخبر الذي هو قوله (**داعي**) والجملة جواب الشرط دلت عليه الفاء لأنه لا يصلح لأن يكون شرطاً، وظاهر النظم أنه يفسخ وجوباً قبل الدخول وبعده وهو كذلك، وسيأتي حكم ما إذا لم يقر ولكن يثبت ببينة ولو رجلاً وامرأة أو امرأتين إن فشا فإنه يفسخ أيضاً بعد الإعذار والعجز عن الدفع كما يفهم مما قبل هذا، لكن إن فسخ بالبينة فلا شيء لها قبل البناء وإن فسخ بعده فلها الصداق كله بخلاف ما إذا فسخ بالإقرار فلها الكل بعده والنصف قبله كما قال:

٤٥٣ـ وَيَلْزَمُ الصَّدَاقُ بِالبِنَاءِ وَنِصْفُهُ مِنْ قَبْلِ الابْتِنَاءِ

(**ويلزم**) بالنصب (**الصداق**) فاعله (**بالبناء**) يتعلق بيلزم والجملة في محل جر معطوفة على فسخ (**ونصفه**) مبتدأ خبره قوله (**من قبل الابتناء**) والجملة معطوفة على الجملة قبلها أي فإقراره داع إلى فسخ النكاح وإلى لزوم كل الصداق بالبناء ولزوم نصفه من قبل الابتناء، وإنما لزمه النصف في الإقرار قبله لاتهامه على أنه إنما أقر ليسقط عنه نصف الصداق، ولذا لم يكن عليه شيء إذا أقام بينة على ما ادعاه من الرضاع أو على أنه كان يقر به قبل العقد أو صدقته المرأة في دعواه كما في المتيطية.

٤٥٤ـ كَذَاكَ بِالإِقْرَارِ مِنْهُمَا مَعَا لا بِاعْتِرَافِ زَوْجَةٍ إِنْ وَقَعَا

(**كذاك**) يتعلق بفعل مقدر (**بالإقرار**) يتعلق بذلك المقدر (**منهما**) يتعلق بالإقرار (**معا**) حال أي كذلك يفسخ بإقرارهما معاً وظاهره أقرا معاً قبل العقد أو بعده، لكن إن فسخ قبل الدخول بسبب إقرارهما به قبل العقد أو بعده فلا شيء لها وإن دخل فلها المسمى إن كان أو صداق المثل سواء دخلا عالمين به أو جاهلين ثم تذكرا أو عالماً به هو وحده فإن علمت بالرضاع وحدها حين الدخول وأنكر هو العلم ولكن صدقها فيه فلها ربع دينار فقط لأنها غارة (**خ**) وفسخ نكاح المتصادقين عليه كقيام بينة على إقرار أحدهما قبل العقد ولها المسمى بالدخول إلا أن تعلم فقط فكالغارة الخ. (**لا**) عاطفة (**باعتراف**) معطوف على بإقرار (**زوجة**) مضاف إليه (**إن وقعا**) شرط

(**فإن أقر الزوج بالرضاع فهو**) أي إقراره (**إلى فسخ النكاح داعي**) ويفسخ وجوباً كان ذلك قبل البناء أو بعده (**ويلزم الصداق بالبناء**) حيث كان الإقرار بعده (**و**)يلزم (**نصفه**) حيث كان (**من قبل الابتناء**) لاتهامه على أنه إنما أقر ليسقط عنه نصف الصداق، ولذا لم يكن عليه شيء إذا وافقته على ذلك قبل البناء فقوله: (**كذاك**) يفسخ (**بالإقرار منهما معاً**) أقرا قبل العقد ولا شيء لها أو بعده ولها المسمى إلا أن تكون عالمة وحدها فليس لها إلا ربع دينار، فإن أقرت به وحدها لم يعتبر إقرارها كما قال: (**لا باعتراف زوجة إن وقعا**). (**خ**): وإن ادعته وأنكر لم يندفع ولا تقدر على طلب المهر قبله

حذف جوابه للدلالة عليه. والجملة في محل جر صفة لاعتراف، ويحتمل أن يكون باعتراف متعلقاً بوقعا، والجملة معطوفة على مقدر قبلها أي كذلك يفسخ إن ثبت بإقرارهما لا إن وقع باعتراف زوجة، لكن يعكر عليه أن لا تعطف الجمل كما يرد على الأول أن الجملة الشرطية لا تكون وصفاً. وظاهر النظم أن إقرارهما لا يوجب فسخاً ولو كان قبل العقد وليس كذلك، بل إقرارهما أو إقرار أحدهما قبل العقد موجب للفسخ مطلقاً قبل البناء وبعده كما في المتيطية وغيرها، فيقيد كلام الناظم بما إذا أقرت بعد العقد (خ): وإن ادعته أي الرضاع بعد العقد لم يندفع ولا تقدر على طلب المهر قبله أي قبل الدخول.

٤٥٥ـ وَيُفْسَخُ النِّكَاحُ بِالعَدْلَيْنِ   بِصِحَّةِ الإرْضَاعِ شَاهِدَيْنِ

(ويفسخ النكاح) فعل ونائبه **(بالعدلين)** يتعلق بيفسخ **(بصحة الإرضاع)** يتعلق بالحال الذي هو قوله **(شاهدين)**.

٤٥٦ـ وَبِاثْنَتَيْنِ إنْ يَكُنْ قَوْلُهُمَا   مِنْ قَبْلِ عَقْدٍ قَدْ فَشَا وَعُلِمَا

(وباثنتين) معطوف على العدلين **(إن يكن)** شرط **(قولهما)** اسم يكن **(من قبل عقد)** يتعلق بقوله **(قد فشا وعلما)** معطوف على فشا، والجملة من فشا ومتعلقه ومعطوفه خبر يكن، ويجوز أن يكون المجرور متعلقاً باسم يكن ويجوز أن يكون خبرها وجملة فشا في محل نصب على الحال من الاستقرار في الخبر.

٤٥٧ـ وَرَجُلٍ وَامْرَأةٍ كَذَا وَفِي   وَاحِدَةٍ خُلْفٌ وَفِي الأَوْلَى اقْتُفِي

(ورجل وامرأة) بالجر معطوفان على العدلين **(كذا)** في موضع الصفة أي كائنين كذا أي فاشياً من قولهما أيضاً، ويجوز أن يكون رجل مبتدأ على حذف مضاف أي وشهادة رجل وامرأة كائنة كذلك في إيجاب الفسخ. **(وفي واحدة)** خبر عن قوله **(خلف وفي الأولى)** بفتح الهمزة وسكون الواو يتعلق بقوله: **(اقتفي)** والجملة استئنافية، ومعنى اقتفي اتبع.

والحاصل أن الرضاع يثبت بعدلين ويفسخ النكاح بهما اتفاقاً وإن لم يفش من قولهما قبل

(ويفسخ النكاح بالعدلين بصحة الإرضاع شاهدين) حال من العدلين وبصحة متعلق به **(و)**يفسخ النكاح أيضاً **(بـ)**ـشهادة امرأتين **(اثنتين إن يكن قولهما من قبل عقد)** متعلق بقوله: **(قد فشا وعلما)** وهل تشترط فيهما العدالة مع الفشو تردد **(ورجل وامرأة)** يشهدان بالرضاع بين زوجين **(كذا)** أي موجب للفسخ **(وفي)** شهادة امرأة **(واحدة)** وفشا قولها **(خلف)** (خ): ويثبت برجل وامرأة وامرأتين إن فشا قبل العقد لا بامرأة، ولو فشا وندب التنزه.

وقال الناظم: **(وفي الأولى اقتفي)** أي اتبع الفسخ في الأولى وهو تابع في ذلك لابن سلمون ونصه يثبت الرضاع بشاهدين وبامرأتين بشرط أن يكون ذلك فاشياً من قولهما فإن لم يكن فاشياً فقولان، وفي المرأة الواحدة إذا كان ذلك فاشياً من قولها قبل العقد قولان. أحدهما: أنه لا يفسخ بذلك. رواه ابن حبيب عن ابن القاسم، والثاني أنه يفسخ بذلك وهو في المدونة قال ابن فتحون: وهو أظهر اهـ. وكأنه أقوى مما في المختصر، وفي التوضيح المشهور عدم القبول، ويستحب التنزه وهو مذهب المدونة.

العقد وبامرأتين وبرجل مع امرأة بشرط الفشو في هاتين الصورتين اتفاقاً أيضاً لا بدون فشو فلا يفسخ ولا يثبت بهما الرضاع فيهما على المعتمد، وإن كان فيه خلاف قوي، وأما المرأة الواحدة فمع عدم الفشو لا يثبت اتفاقاً ومع الفشو فيها قولان. عدم الثبوت وهو لابن حبيب عن ابن القاسم، والثاني يثبت ويفسخ بذلك النكاح وهو في المدونة. ابن فتوح: وهو أظهر نقل ذلك ابن سلمون (خ): لا بامرأة ولو فشا وندب التنزه مطلقاً الخ. ثم إنه لا تشترط العدالة مع الفشو على الراجح إذ هو قول ابن القاسم من روايته عن مالك ويبقى النظر في الرجل الواحد إذا حصل من قوله فشو قبل العقد فإنه أقوى من المرأة مع الفشو فيقتضي ذلك ثبوت الرضاع به قاله ابن رحال قال: ولم أقف فيه على شيء بعد البحث عنه.

تنبيهان. الأول: يثبت الرضاع أيضاً بالسماع الفاشي بإقرار أحد الزوجين قبل العقد قاله القلشاني. وتقدم أول الفصل الذي قبل هذا وفي فصل شهادة السماع أن الرضاع مما يثبت بالسماع. وإن لم يكن عن الثقات، لكن إنما يعمل به قبل العقد وإلاَّ فلا إن أنكر الزوج لقولهم لا ينزع به من يد حائز وهذا هو الظاهر فانظره هناك.

الثاني: في المتيطية عن ابن القاسم في المبسوط: أن شهادة المرأتين بالرضاع عاملة سواء قامتا حين علمتا بالنكاح أو بعد ذلك. وقال ابن نافع: لا تقبل إلا أن يقوما عند النكاح وأما بعد طول فلا.

قلت: وهذا الثاني هو الجاري على قول (خ) وفي محض حق الله تجب المبادرة بالإمكان إن استديم تحريمه كعتق ووقف وطلاق ورضاع الخ. قال في المتيطية، إثر ما مر: وأداء المرأتين لا يكون إلا معاً ولا يجوز بافتراقهما لقوله تعالى: ﴿فتذكر إحداهما الأخرى﴾ [البقرة: ٢٨٢] ولا يذكرك إلا من حضرك قاله أبو محمد، ورده بعض الموثقين بأنه قد يتأتى التذكير قبل الأداء ثم يفرقان عنده، وقيل معنى تذكر إحداهما الأخرى تصيرها في الشهادة كذكر اهـ.

فصل في عيوب الزوجين وما يردان به

هو من عطف الخاص على العام إذ من العيوب ما لا رد به، ثم إن موجبات الخيار في النكاح ثلاثة: اثنان يستوي فيهما الرجل والمرأة وهما العيب والغرور بالحرية، وواحد يختص بالمرأة وهو عتق الأمة تحت زوجها العبد وقد نظمها بعضهم فقال:

عيب غرور سبب الخيار في ... تناكح كذاك عتق فاعرف

فأشار الناظم للعيوب المشتركة بقوله:

فصـــل في عيوب الزوجين وما يردان به

هو من عطف خاص على عام إذ من العيوب ما لا رد به. واعلم أن موجبات الخيار في النكاح ثلاثة: اثنان يستوي فيهما الرجل والمرأة العيب والغرر بالحرية بأن تتزوج الحرة الرجل على أنه حر، فإذا هو عبد فلها رده وعكسه. والثالث خاص بالمرأة وهو الأمة تعتق تحت زوجها العبد

٤٥٨ـ مِنَ الجُنُونِ والجُذَامِ والبَرَصْ والدَّاءُ في الفَرْجِ الخِيَارُ يُقْتَنَصْ

(من الجنون والجذام والبرص والداء في الفرج) يتعلق بمحذوف حال مما قبله يليه **(الخيار)** مبتدأ **(يقتنص)** بالبناء للمفعول خبره والمجرور وما عطف عليه يتعلق به، ومعنى يقتنص يثبت ويحصل وشمل كلامه الرجل والمرأة فإن للسالم الخيار في الآخر، بل ظاهره أن لكل منهما الخيار، وإذا اختار السالم الفراق فيؤجل المعيب للدواء على التفصيل الآتي ثم بعد مضيه يفرق بينهما، وظاهره ولو كان كل منهما معيباً بعيب صاحبه أو بغيره وهو كذلك على ما في (ح) عن الرجراجي، والذي للخمي أن كلاً من الزوجين إذا اطلع على عيب بصاحبه مخالف لعيبه كجنونه وبرصها مثلاً والعكس، فلكل منهما الخيار وإن كان موافقاً كبرصهما معاً أو جنونهما معاً كان له الخيار دونها لأنه بذل صداقاً لسالمة، فوجد ما يكون صداقها دون ذلك اهـ. وقوله في الفرج أي فرج الرجل وفرج المرأة، وسيأتي أن داء فرج الرجل الجب والعنة والخصاء والاعتراض، وداء فرج المرأة الرتق والقرن والعفل والإفضاء. وبقي عليه من عيوب الفرج العذْيَطة بفتح العين المهملة وسكون الذال المعجمة وفتح المثناة تحت والطاء المهملة هي حدوث الغائط عند الجماع ومثله البول عنده أيضاً وهي من عيوب الفرج المشتركة بينهما ولا يشتركان في عيب فرج غيرهما وأفهم قوله عند الجماع أنه إن كان أحدهما يبول أو يغيط في الفراش لا عند الجماع لا يرده الآخر بذلك وهو كذلك على المعتمد من أحد قولين، واقتصر عليه في الكراس السادس من أنكحة المعيار.

٤٥٩ـ بَعْدَ ثُبُوتِ العَيْبِ أَوْ إِقْرَارِ بِهِ وَرَفْعِ الأَمْرِ في المُخْتَارِ

(بعد) يتعلق بمحذوف حال من نائب فاعل يقتنص **(ثبوت عيب)** كل منهما مضاف إليه **(أو إقرار)** معطوف على مقدر أي ببينة أو إقرار **(به)** يتعلق بإقرار وضميره للعيب **(ورفع الأمر)** معطوف على ثبوت أي بعد ثبوت العيب ببينة أو إقرار وبعد رفع الأمر للحاكم ومحل ثبوته بالإقرار إن كان يصح إقراره لا نحو محجور عليه، ويعرف الجذام والبرص بنظر الأطباء إليهما ما لم يكونا في العورة فيصدقان في نفيه، وقيل: ينظر الرجال للرجل والنساء للمرأة. ابن هارون: ولو أنها خالفته في وجود العيب بها فإن كان ظاهراً مثل الجذام والبرص بوجهها وكفيها فإنه يثبت بالرجال وإن كان في سائر بدنها أثبته النساء وإن كان في فرجها فقال ابن القاسم وابن حبيب: تصدق في ذلك ولا ينظرها النساء. قال ابن الهندي وغيره: تصدق مع يمينها ولها رد اليمين على الزوج، وقال ابن سحنون عن أبيه: ينظر إليها النساء في عيب الفرج. ابن فتحون في وثائقه: إن نظر الرجال إلى عيوب عورة الرجل جائز للضرورة كما ينظر النساء إلى المرأة اهـ.

والعيوب أربعة وهي المذكورة في قوله: **(من الجنون والجذام والبرص والداء في الفرج الخيار)** مبتدأ **(يقتنص)** أي يحصل ويثبت كما يحصل الصيد في يد صائده ومن الجنون متعلق به، وإنما يثبت لها ما ذكر من الخيار **(بعد ثبوت العيب)** بينة **(أو إقرار به)** من صاحبه **(و)** بعد **(رفع الأمر)** للحاكم ويعرف الجذام والبرص بالنظر إليهما ما لم يكونا في العورة فيصدقان في نفيهما، وقيل: ينظر الرجل للرجال والنساء للمرأة للضرورة، فإذا ثبت العيب ولم يبق فيه مقال للمعيب طلقها الحاكم عليه **(في)** القول

وقد حكى البرزلي في النكاح عن ابن علوان أحد مفتي تونس أنه أتته امرأة تزوجها أندلسي وأساء عشرتها وعسر عليها التخلص منه فقال لها: ادّعي عليه أن داخل دبره برصاً فادعت ذلك عليه فحكم عليه بأن ينظره الرجال في ذلك المحل، فلما رأى الزوج ذلك طلقها اهـ.

قلت: وبهذا القول جرى العمل قال ناظمه:

وجاز للنسوة للفرج النظر من النساء إن دعا له ضرر

فلا مفهوم للنسوة كما مر، وما مر من أن العيب إذا كان بغير الفرج ينظر إليه الأطباء أعني النساء للنساء والرجال للرجال، وقيل: إذا كان العيب في المرأة فإن الثوب يشق عنه حتى ينظر إليه الأطباء. انظر المفيد. وهذا في غير العذيطة وأما هي فقد نزلت في زمن أحمد بن نصر ورمى كل واحد منهما صاحبه فأمر أن يطعم أحدهما تيناً والآخر فقوساً. فإذا ثبت أن العيب قبل العقد ولم يبق فيه مقال خير السالم من الزوجين فإن اختارت الزوجة فراقها طلقها الحاكم عليه ولا يفوض ذلك إليها. **(في)** القول **(المختار)** وأما إن حدث بعد العقد فسيأتي، ومقابل المختار أن القاضي يفوض ذلك إليها، وتقدم تحرير ذلك في فصل الضرر.

تنبيهان. الأول: قال البرزلي إثر ما مر عنه بأوراق: إذا شهد رجلان من الأطباء أحدهما ذمي أن بجسم الزوج برصاً لا يشكان فيه فالذي في المدونة قبول ذلك لأن ذلك علم مقتبس ولا يجري مجرى الشهادة، ولكن ليس ذلك مطلقاً إذا قدر على تحصيل ما هو أثلج للصدر، فينبغي أن يؤمر العدول باختبار هذا هل فيه رائحة أم لا؟ فإن قالوا لا رائحة امتحن موضعه برأس إبرة فإن تغير واحمر لونه ودمي فليس برصاً ولا مقال للزوجة ولا أعلم وجهاً أوثق من هذا وما في الزمان طبيب انظر تمامه.

الثاني: قال البرزلي، إثر ما مر عن ابن علوان ما نصه: وكان يعني ابن علوان كثير التحيل في بعض المسائل فمن ذلك ما حكي عنه أن امرأة وصي على أولادها من قبل أبيهم فضيق عليها أولياء الزوج وأقاموا عليها البينة أنها سفيهة لا تصلح للتقديم فأتت إليه فقال لها: إذا قدموك غداً للقاضي فاعترفي لهم بذلك وقولي لهم: إني أتلفته في أيام السفه ففعلت ذلك فسرحها القاضي لذلك. قال البرزلي: وهذا التحيل إن كان ثبت عنده في هذه وفي التي قبلها أنها مظلومة فهو سائغ من باب الإنقاذ من المظلمات وإلاّ فالصواب أنه لا يجوز لأنه من باب تلقين الخصوم القادح في العدالة قال: وهذه الطريقة معروفة لأبي حنيفة الإمام المشهور، فمن ذلك ما حكى ابن رشد عنه أنه حضر بيعة لبعض الملوك وأظنه أبا جعفر فقال أبو حنيفة لأصحابه: أنا لا أبايعه فاحضروه وأجلسه الأمير إلى جنبه، فلما بايعه الناس قال هو في بيعته: أبايعك حتى تقوم الساعة على قصد المبالغة فيما أوهمه ولما خلا به أصحابه قالوا له في ذلك فقال: ما بايعته وإنما أردت بقولي حتى تقوم الساعة لحاجة أو غيرها من ضرورياته فانظر فيه بقية التحيلات المحكية عنه.

ولما أجمل الناظم رحمه الله في داء الفرج أشار إلى تفصيله بالنسبة للزوجة فيما يأتي بقوله:

(المختار) وهو قول ابن القاسم وقيل يأمرها بأن تطلق نفسها إن شاءت وهو قول عيسى وداء الفرج

والرتق داء الفرج في النساء الخ. وإلى تفصيله بالنسبة للزوج ههنا فقال:

٤٦٠ـ وداءُ فَرجِ الزَّوْجِ بالقَضاءِ كالجَبُّ والعُنَّةِ والخِصاءِ

(**وداء فرج الزوج**) مبتدأ ومضافان (**بالقضاء**) بمعنى المفعول صفة لداء والباء زائدة أي: وداء فرج الزوج المقضى عليه بالخيار لأجله كائن (**كالجب والعنة والخصاء**) ويحتمل أن تكون متعلقة بمحذوف صفة للمبتدأ المذكور أي: وداء فرج الزوج الموجب للخيار بالقضاء الخ. والجب قطع الذكر والأنثيين معاً أو خلق بدونهما، والعنين لغة هو الذي لا يشتهي النساء وشرعاً من له ذكر صغير كالزر ويطلق أيضاً على الذي لا ينتشر ذكره وهو المعترض، وسيأتي، والخصي مقطوع الذكر أو الأنثيين، ولو كان قائم الذكر حيث كان لا يمني، فإن أمنى فلا خيار لها، ومثل قطع الذكر كله قطع حشفته فقط على الراجح كما في شراح المتن فإن قيل: إذا ثبت الخيار في الخصاء الذي هو قطع أحدهما فأحرى أن يثبت في الجب الذي هو قطعهما معاً فالخصاء يغني عن الجب. فالجواب: أن المقصود بيان معاني هذه الألفاظ قاله في ضيح، والحصور الذي يخلق بغير ذكر أو بذكر صغير كالزر، ومحل الخيار بهذه الأمور إذا حدث ذلك قبل البناء وإلاَّ فهو مصيبة نزلت بها كما يأتي في الاعتراض.

٤٦١ـ وَذَاكَ لا يُرجَى لهُ زَوَالُ فَلَيسَ في الحُكْمِ بِهِ إمْهالُ

(**وذاك**) مبتدأ والإشارة للداء الشامل للأمور الثلاثة (**لا يرجى**) بالبناء للمفعول (**له**) يتعلق بالنائب الذي هو (**زوال**) والجملة خبر المبتدأ (**فليس**) فعل ناقص (**للحكم**) خبرها مقدم (**به**) يتعلق بالحكم (**إمهال**) اسمها مؤخر أي تأجيل بل لها الطلاق في الحين إلا أن ترضى بالمقام معه.

٤٦٢ـ وحَيثُ عَيبُ الزَّوْجِ بِاعْتِراضِ أوْ بَرَصٍ وَقِيمِ عِندَ القَاضِي

(**وحيث**) ظرف مضمن معنى الشرط (**عيب الزوج**) مبتدأ ومضاف إليه (**باعتراض**) يتعلق بمحذوف خبر (**أو برص**) معطوف (**وقيم**) مبني للمفعول (**عند القاضي**) نائبه، والجملة معطوفة على الجملة قبلها وجملة.

٤٦٣ـ أجَّلَهُ إلى تَمَامِ عَامِ كذاكَ في الجُنُونِ والجُذَامِ

ثلاثة أقسام ما يختص بالزوج وإليه أشار بقوله: (**وداء فرج الزوج**) الموجب للخيار (**بالقضاء كالجب**) خبر عن قوله داء والمجبوب هو مقطوع الذكر والأنثيين (**والعنة**) والعنين لغة الذي لا يشتهي النساء وشرعاً ذو الذكر الصغير كالزر ويطلق أيضاً على الذي لا ينتشر ذكره، وهو المعترض، وسيأتي (**والخصاء**) والخصي المقطوع الخصيتين أو المقطوع الذكر وقيل في القائم الذكر لا رد لها إلا أن يكون مقطوع الحشفة (**وذاك**) الداء المذكور الشامل للأمور الثلاثة من الجب والخصاء والعنة (**لا يرجى له زوال**) ولا برء (**فليس في الحكم به إمهال**) بل لها الطلاق في الحال إلا أن ترضى بالبقاء معه (**وحيث عيب الزوج**) كائن (**باعتراض أو برص وقيم عند القاضي**) بواحد منهما (**أجله**) أي أجل القاضي الزوج المعترض أو المبروص (**إلى تمام عام**) ومبدؤه من يوم الحكم على المشهور، لأن الدواء ربما نجع في فصل من السنة دون فصل ويؤجل (**كذاك**) أي عاماً أيضاً (**في الجنون والجذام**) لأن كلاً

(أجله) القاضي **(إلى تمام عام)** جواب حيث، والمعنى أن عيب الزوج إذا كان اعتراضاً وحدث قبل الإصابة أو برصاً حدث بعد العقد أو قبله فإن القاضي يؤجله سنة كاملة من يوم الحكم على المشهور، وأما الاعتراض بعد الإصابة ولو مرة فلا خيار لها، وذلك مصيبة نزلت بها كما يأتي.

تنبيه: وكذا تؤجل المرأة ذلك في معالجة نفسها من البرص والجنون والجذام إذا لم يعلم الزوج أن ذلك بها حين العقد، بل علمه قبل البناء أو بعده فإن تنازعا في العلم به بعيبها وقد مضى لدخوله نحو الشهر فالقول لها بيمينها أنه علم به إلا أن يكون مثله يخفى على الزوج. انظر المتيطية والوثائق المجموعة.

(كذاك) يتعلق بأجل محذوف دل عليه ما قبله **(في الجنون والجذام)** يتعلق بذلك المحذوف.

٤٦٤ـ وبَعْدَ ذَا يَحْكُمُ بِالطَّلاقِ إنْ عُدِمَ البُرءُ على الإطْلاقِ

(وبعد ذا) يتعلق بقوله **(يحكم)** وكذا **(بالطلاق)** والجملة معطوفة على جملة أجله **(إن عدم)** شرط حذف جوابه للدلالة عليه **(البرء)** نائب فاعل عدم **(على الإطلاق)** حال أي حال كون الحكم بالطلاق بعد السنة في العيوب الأربعة مطلقاً سواء رجي البرء بعد ذلك أم لا. ويحتمل حال كون التأجيل مطلقاً في الحادث والقديم. هذا هو الظاهر وليس المعنى حال كون التأجيل بالسنة مطلقاً رجي البرء أم لا. لأن المعتمد أنه إنما يؤجل في البرص والجذام عاماً إذا رجي البرء (ح): ولها فقط الرد بالجذام البين والبرص المضر الحادثين بعده وبجنونهما وإن مرة في الشهر قبل الدخول وبعده وأجلا فيه وفي برص وجذام رجي برؤهما سنة الخ. ثم قال: وأجل المعترض سنة الخ. فأنت تراه قيد الجذام بالبين أي المحقق والبرص بالمضر والتأجيل برجاء البرء خلاف ظاهر النظم في ذلك كله، لكن العذر له في الجذام حيث لم يقيده بالبين لأن المراد بالبين المحقق وهو لا يثبت إلا بعد تحققه والقطع به إذ لا فرق بين قليله وكثيره كما في المتيطية قال فيها: واختلف في قليل البرص فقال مالك في كتاب محمد: ترد به لأن عمر لم يفرق بين قليل ولا كثير. قال ابن القاسم: ولو علمنا فيما خف أنه لا يتزايد لم ترد، لكنه لم يعلم، وفي مختصر ابن شعبان أن من به برص أو جذام من الزوجين يرد به لأنه يخشى أن يترامى إلى الصحيح، ولأنه لا تطيب نفس الواطىء والموطوءة وقلّ أن يسلم منه ما ولد منهما وإن سلم كان ذلك في نسله قال اللخمي: وعلى هذا له الرد إذا اطلع أن أحد الأبوين كان كذلك لأنه يخشى أن يكون ذلك في نسله قال: ورأيت ذلك في امرأة كان أبوها أجذم ولم يظهر بها وظهر ذلك في عدد من أولادها اهـ بلفظ الاختصار. فهو شاهد لإطلاق الناظم، لكن المعتمد أن جذام الأبوين لا رد به كما في (خ): كما أن المعتمد أنه لا بد في البرص الحادث من كونه مضراً كما مر عنه أيضاً، ولعل الناظم إنما ترك تقييد البرص بكونه مضراً اتكالاً على ما يأتي في قوله: إلا حدوث من برص منزور الخ.

من الأدواء الأربعة يرجى برؤه وزواله بخلاف الثلاثة الأول **(وبعد ذا)** أي وبعد التأجيل وانقضاء العام **(يحكم بالطلاق إن عدم البرء على الإطلاق)** من غير تقييد.

٤٦٥ـ والعَبْدُ في الأَصَحِّ كالأَحْرارِ   وقيلَ بالتَّشْطِيرِ كالظِّهارِ

(والعبد) مبتدأ **(في الأصح)** يتعلق بالاستقرار في الخبر الذي هو قوله: **(كالأحرار وقيل)** فعل ماض مبني للمفعول **(بالتشطير)** نائبه أي يؤجل ستة أشهر **(كالظهار)** خبر مبتدأ محذوف والأقرب أنه حال أي حال كون التشطير كتشطير أجل الظهار أي: إذا ظاهر العبد من زوجته وأبى أن يكفر ولحقه الإيلاء فإنه يؤجل بشهرين، وقيل أربعة أشهر كالحر، وما صدر به الناظم هو قول ابن الجهم قال ابن عبد البر: وروي عن مالك نحوه وعليه جمهور الفقهاء اللخمي: وهو أبين لأن السنة جعلت لتختبر في الفصول الأربعة فقد ينفع الدواء في فصل دون فصل فيستوي في ذلك الحر والعبد، والقول الثاني هو قول مالك، وبه الحكم قاله في المتيطية وبه أفتى (خ) والعبد نصفها الخ.

٤٦٦ـ وكالرِّجالِ أَجَلُ النِّساءِ   في هذِهِ الثَّلاثَةِ الأَدْوَاءِ

(وكالرجال) خبر مقدم عن قوله **(أجل النساء في هذه)** يتعلق بالاستقرار في الخبر **(الثلاثة)** صفة أو بدل **(الأدواء)** جمع داء بدل أيضاً، والمراد الجنون والجذام والبرص ولا يتصور فيهن الاعتراض فيؤجلن في التداوي من تلك الأمراض الثلاثة سنة كاملة، لكن في الموجود منها قبل العقد، أما ما حدث بعده فمصيبة نزلت بالزوج كما يأتي في قوله: وهو لزوج آفة من بعده الخ.

٤٦٧ـ وفي سِواها لا يَكُونُ الأَجَلُ   لَهُنَّ إلاَّ ما يَرىٰ المُؤَجِّلُ

(وفي سواها) يتعلق بقوله **(لا يكون الأجل)** اسمها **(لهن)** يتعلق بما قبله **(إلا)** استثناء مفرغ **(ما)** نكرة موصوفة خبر يكون **(يرى)** صفة لما والعائد محذوف أي يراه **(المؤجل)** بكسر الجيم المشددة فاعل يرى، والتقدير: ولا يكون لهن أجل محدود في سواها إلا أجلاً يراه المؤجل أي الحاكم باجتهاده، والمراد بسوى العيوب الثلاثة داء فرج المرأة من رتق وقرن وعفل الآتية في قوله: والرتق داء الفرج في النساء الخ. أي فيؤجلهن الحاكم للتداوي بالاجتهاد (خ): وأجلت الرتقاء للدواء بالاجتهاد. وقد تحصل أن العيوب بالنسبة إلى التأجيل وعدمه على ثلاثة أقسام قسم

(والعبد في) القول **(الأصح كالأحرار)** في أنه يؤجل بالعام واختاره اللخمي قائلاً: وهو أبين لأن السنة جعلت ليختبر في الفصول الأربعة، ولا فرق في ذلك بين حر وعبد **(وقيل بالتشطير)** فيؤجل فيما ذكر ستة أشهر لا غير (خ): وأجل المعترض سنة بعد الصحة من يوم الحكم والعبد نصفها الزرقاني، وهو مذهب المدونة، وقول مالك وأصحابه: وبه الحكم لأن تحديد مدة النكاح عذاب ولقربه من الفراق اهـ. **(كالظهار)** يعني إذا ظاهر العبد من زوجته وأبى أن يكفر ولحقه الإيلاء فإنه يؤجل شهرين وقيل أربعة أشهر كالحر **(وكالرجال أجل النساء في هذه الثلاثة الأدواء)** الجنون والجذام والبرص ولا يتصور فيهن الرابع وهو الاعتراض **(وفي سواها)** أي الأدواء الثلاثة كالرتق **(لا يكون الأجل لهن إلا ما يرى المؤجل)** بكسر الجيم وهو الحاكم (خ) وأجلت الرتقاء للدواء بالاجتهاد وقيد في المختصر تأجيل الجذام والبرص فقال: وأجلا فيه أي الجنون وفي برص وجذام رجي برؤهما سنة.

تنبيه: إذا اعترض الزوج أو جب أو خصي بعد أن أصاب الزوجة ولو مرة فلا كلام لها،

لا تأجيل فيه وهو الجب وما معه، وقسم يؤجل فيه بسنة وهو الاعتراض وما معه، وقسم يؤجل فيه بالاجتهاد وهو الرتق وما معه.

٤٦٨ـ وَيُمنَعُ الْمَبْرُوصُ والمجْذُومُ مِنْ بِنَائِهِ وذو الجُنُونِ فاسْتَبِنْ

(ويمنع) بالبناء للمفعول (المبروص) نائب (والمجذوم) معطوف (من بنائه) يتعلق بيمنع (وذو الجنون) معطوف على المبروص (فاستبن) جملة طلبية تتميم للبيت، والمعنى أن من به علة من الرجال من هذه الأمراض الثلاثة إذا أصل للدواء كما مر فطلب البناء بزوجته أثناء الأجل قبل تبين برئه فإنه يمنع من ذلك ولا يمكن منه حتى يبرأ أو تخير هي إن لم يبرأ وفهم من قوله: من بنائه أنها اطلعت على عيبه قبل البناء فإن اطلعت عليه بعد البناء فكذلك أيضاً حيث كانت رائحة الجذام والبرص تؤذي. قال في المتيطية: ويمنع المجنون والأجذم والأبرص في خلل العام وإن كان بعد البناء إذا كانت الرائحة تؤذي بخلاف المعترض فإنه لا يمنع من وطئه وإن كان قد بنى بها اهـ. ومثله في طرر ابن عات.

وإلى المعترض أشار الناظم بقوله:

٤٦٩ـ وَذُو اعْتِراضٍ وحْدَهُ لَنْ يُمْنَعَا وَهْوَ مُصَدَّقٌ إذا ما نُوزِعا

(وذو اعتراض) مبتدأ ومضاف إليه (وحده) حال من المبتدأ أو من الضمير في خبره (لن يمنعا) بالبناء للمفعول خبر (وهو) مبتدأ (مصدق) خبره (إذا) ظرف مضمن معنى الشرط خافض لشرطه منصوب بجوابه يتعلق بالخبر المذكور، وجوابه محذوف للدلالة عليه، ويحتمل أنها مجردة عن معنى الشرط أي هو مصدق حين نزاعه (ما) زائدة (نوزعا) بالبناء للمفعول والجملة في محل جر بإضافة إذا، ومعناه أن الزوج إذا ادعت عليه زوجته الاعتراض وأنكره من أصله فالقول قوله بيمينه (خ): وصدق في الاعتراض أي نفيه وظاهره كالناظم أنه يصدق كانت الزوجة بكراً أو ثيباً وهو كذلك على المشهور. وروي عن مالك أن النساء ينظرن إلى البكر ويدين في الثيب، وقيل لا يدين فيها، ولكن يطلي ذكره بزغفران ويرسل عليها وينظر ذلك النساء فإن رأين أثره في فرجها قبل قوله، وعلى المشهور فلا تقبل شهادة امرأتين فأكثر بأنها عذراء لأنها شهادة توجب الفراق وهو لا يكون بشهادة النساء كما في الوثائق المجموعة، ونقله في التبصرة وابن عرفة. وحينئذ فما جرى به العمل من جواز نظر النسوة للفرج محمول على غير هذه الصورة إذ لا فائدة

وسيأتي بعضه في كلام الناظم: (ويمنع المبروص والمجذوم من بنائه) إذا طلبه في زمن مداواة نفسه (و) يمنع (ذو الجنون) أيضاً من الدخول حتى يبرأ أو تخير هي (فاستبن) تتميم (وذو اعتراض وحده لن يمنعا)، والحاصل الذين يؤجلون من الأزواج سنة للبرء من دائهم أربعة ثلاثة يمنعون من الزوجة، والرابع وهو المعترض لا يمنع منها، (وهو) أي المعترض يعني من ادعت عليه زوجته أنه معترض ونازعها في ذلك وزعم أنه يصيبها. (مصدق إذا ما ما نوزعا) وكذب وظاهره بغير يمين وصرح به ولده وهو قول مالك في الواضحة والذي في المدونة بيمين قاله ابن عرفة. وبه شرح المواق وغيره كلام خليل فهو المعتمد، ونص المواق ابن عرفة: الاعتراض إن أقر به فواضح وإن أنكر دعواه زوجته صدق في المدونة بيمين اهـ. الزرقاني: وقول التتائي بغير يمين فيه نظر، فإن صدق أنه

له إلا الفراق وهو لا يكون بشهادة النساء قاله في شرح العمليات.

تنبيه: قال في مسائل السياسة من التبصرة: قال أصبغ في امرأة المقعد تدعي أنها تمكنه من نفسها وهو لا يقدر على مسها ويقر المقعد بأنه لا يمسها ويدعي أنها تدفعه عن نفسها ولولا ذلك لقوي على مسيسها قال: استحسن السلطان أن يجعل في القرب منه إذا خلا بها امرأة أو نساء فإن سمعن امتناعها أمر بها فربطت له وشدت وزجرها، وأمرت أن تلين له في ذلك. قال ابن حبيب: وهو عندي حسن من الحكم اهـ. ونحوه في (ح) عند قوله: وصدق في الاعتراض الخ.

قلت: انظر قوله المقعد، والظاهر أنه لا مفهوم له بل غيره كذلك إذا ادعى عدم تمكينها ونزلت وقت ولايتي حطة القضاء سنة ثمانية وأربعين بعد المائتين والألف في زوج ادعى عدم تمكينها وادعت هي اعتراضه، فذكرت للزوج وأوليائها ما تقدم من ربطها له وشدها فرجعا إلى الصلح بالخلع بجعل الصداق وافترقا، وقد كنت سنة ثمانية عشر مقيماً بمكناسة الزيتون فإذا بامرأة طلقها زوجها ثلاثاً فتزوجت رجلاً ضعيفاً لا يشاكلها، فزعم الزوج المذكور أنها تدفعه عن نفسها وما مكنته إلا مرة بمقدار ما غيب حشفته فيها ودفعته وادعت هي أنه يؤذيها ويضربها إذا أمسك بها، فسكنهما القاضي مع أمين فذكر الأمين أنه مهما أراد النوم والتوطئة له إلا وتصرخ صراخاً مدعية أنه يؤذيها ويضربها وأن ذلك من حيلها لترجع للزوج الأول.

٤٧٠- وإنْ يَـقُـلْ وطِـئْـتُ أَثْـنَـاءَ الأَمَـدْ   فَـقَـوْلُـهُ مَـعَ الْـيَـمِـيـنِ مُـعْـتَـمَـدْ

(**وإن يقل**) شرط وفاعله ضمير يعود على المعترض (**وطئت**) فعل وفاعل (**أثناء**) ظرف يتعلق بما قبله (**الأمد**) مضاف إليه (**فقوله**) مبتدأ (**مع اليمين**) يتعلق بمحذوف حال (**معتمد**) خبر، والجملة جواب الشرط. ومعناه أن المعترض إذا أقر بالاعتراض وأجل للدواء سنة كما مرّ، ثم قال في أثناء الأجل أو بعده: زال الاعتراض ووطئها في الأجل فالقول قوله بيمينه، فإن ادعى الوطء بعده لم يصدق فتحصل أن المعترض يصدق في نفي الاعتراض ابتداء كما يصدق في زواله بعد الإقرار به (خ): وصدق إن ادعى فيها الوطء بيمينه فإن نكل حلفت وإلا بقيت.

٤٧١- وَتُـمْـنَـعُ الإنْـفـاقَ مَـنْ لَـمْ تَـدْخُـلِ   إنْ طـلَـبَـتْـهُ فـي خِـلالِ الأَجَـلِ

(**وتمنع**) بضم التاء مبنياً للمفعول (**الإنفاق**) مفعوله الثاني (**من**) نائب الفاعل وهو المفعول الأول (**لم تدخل**) صلة من (**إن طلبته**) شرط. والضمير المنصوب للإنفاق والجواب محذوف للدلالة عليه (**في خلال الأجل**) يتعلق بالفعل قبله. والمعنى أن الزوجة التي لا تجبر على الدخول إذا طلبت الإنفاق من زوجها المؤجل سنة للدواء فلا تمكن منه لأن النفقة في مقابلة الاستمتاع

معترض وضرب له الأجل فادعى أنه وطىء فيه صدق بيمين وهو قوله: (**وإن يقل وطئت أثناء الأمد فقوله مع اليمين معتمد وتمنع الإنفاق من**) أي الزوجة التي (**لم تدخل**) وهي زوجة المبروص والمجذوم والمجنون، وتوقف التونسي في زوجة المجنون فقال: انظر إن ضرب المجنون أجل سنة قبل الدخول هل لها نفقة إذا دعته إلى الدخول مع امتناعها من ذلك لجنونه. كما إذا أعسر بالصداق فإنه يؤمر بالنفقة مع امتناعها منه لعدم قدرته على دفع صداقها فأجال النظر، ولم يبين من ذلك شيئاً. قال ابن

وهي قد منعت نفسها منه لسبب لا قدرة للزوج على دفعه، فكان بذلك معذوراً بخلاف المعسر بالصداق الذي منعته زوجته من نفسها حتى يؤدي صداقها فلها النفقة إذ لعل له مالاً فكتمه، ومفهوم قوله: لم تدخل أنه إذا دخل فالنفقة واجبة عليه وهو كذلك. وقوله: من لم تدخل أي من لم تجبر على الدخول وهي زوجة المجذوم والمبروص والمجنون كما مرّ، فيفهم منه أن زوجة المعترض لها النفقة إذا دعته للدخول، وبالجملة فكل من زوجة المجنون والمجذوم والمبروص والمعترض تجب لها النفقة بالدخول أو بالدعاء له فإن منعت واحدة منهن نفسها من الدخول وأجل الزوج سنة للدواء فلا نفقة لها في الجنون والجذام والبرص، بخلاف الاعتراض. فلها النفقة لأنها لا تمكن من الامتناع كما مر إلا أن لا يقدر الحاكم على جبرها فتسقط نفقتها حينئذ للنشوز واستظهار (خ): عدم وجوب النفقة في الاعتراض مع القدرة على جبرها على التمكين معترض.

٤٧٢ـ والعيبُ في الرِّجالِ مِنْ قَبْلِ البِنا ويَـعْـدَهُ الـرَّدُّ بِـهِ تَـعَـيَّـنـا

(والعيب) مبتدأ **(في الرجال)** صفة له **(من قبل البنا)**ء يتعلق بمحذوف حال أي حال كونه موجوداً أو حادثاً من قبل البناء **(وبعده)** معطوف على الظرف قبله **(الرد)** مبتدأ ثان **(به)** يتعلق بالخبر الذي هو قوله **(تعينا)** وتعلق الظرفين بذلك المحذوف كما قررنا أولى من تعلقهما بقوله تعينا إذ المقصود أن العيب الموجود أو الحادث قبل البناء وبعده يتعين به الرد وحذف معمول تعين يؤذن بالعموم أي تعين الرد به قبل البناء وبعده أيضاً فحذفه من الثاني لدلالة الأول عليه، ولو قال تبينا بالباء والياء المثناة تحت لكان أولى لما يقتضيه لفظ التعيين من وجوب الرد وإن رضيت. ومعناه أن العيب الكائن بالرجال سواء حدث بعد العقد أو كان موجوداً قبله أو حدث بعد البناء فإن للزوجة الرد به فقوله: من قبل البناء شامل لما حدث قبل العقد أو بعده وقبل البناء لأن القبلية ظرف متسع وعليه فيكون قوله الآتي: وبالقديم الزوج والكثير الخ. مستغنى عنه بما هنا، ويحتمل أن يكون تكلم هنا على الحادث بعد العقد كان قبل البناء أو بعده وفيما يأتي على ما كان موجوداً قبل العقد، لكن يكون الصواب إسقاط قوله الآتي: والحادث إلا أن يراد به ما كان حادثاً قبل العقد، ويراد بالقديم ما كان خلقة، وما ذكره الناظم هو الراجح من أحد أقوال أربعة. ثانيها: لا خيار لها فيما حدث بعد العقد. ثالثها: لها الخيار إلا أن حدث به برص فتخير. رابعها: ليس لها الخيار إلا في البرص اليسير.

ولما دخل في قوله: وبعده عيب الاعتراض الحادث بعد البناء والوطء وهو لا يرد به استثناه بقوله:

رشد: والظاهر أنها لا نفقة لها لأنها منعته نفسها لسبب لا قدرة له على دفعه فكان بذلك معذوراً بخلاف الذي منعته نفسها حتى يؤدي صداقها إذ لعل له مالاً فكتمه. اهـ. **(إن طلبته)** أي الإنفاق **(في خلال الأجل)** ومفهوم لم تدخل أن التي لا تمنع من الدخول وهي زوجة المعترض لها النفقة وهو كذلك لأنه مرسل عليها، وقول (خ) والظاهر أنه لا نفقة لها فيها معترض بأن ابن رشد إنما قاله في زوجة المجنون كما علمت لا في زوجة المعترض ولا يصح قياسها عليها لأن هذا مرسل عليها، والآخر ممنوع منها **(والعيب في الرجال)** مبتدأ **(من قبل البنا)**ء متعلق بتعين الآتي **(وبعده الرد به)** مبتدأ ثان **(تعينا)** خبره والجملة خبر الأول، والمعنى أن الرجل يرد بالعيب سواء كان سابقاً على العقد

٤٧٣ـ إلاّ اعْـتِـراضـاً كـان بـعْـدَ مـا دَخَـلْ والـوَطْءِ مِـنْـهُ هَـبْـهُ مَـرَّةً حَـصَـلْ

(إلا) حرف استثناء (اعتراضاً) منصوب على الاستثناء والأقرب أنه على نزع الخافض، إذ المعنى ويرد الزوج بكل عيب إلا بعيب الاعتراض (كان) تامة بمعنى وجد وحدث وفاعله ضمير الاعتراض (بعد) يتعلق بكان (ما) مصدرية (دخل) صلتها أي بعد دخوله (والوطء) بالجر عطف على المصدر المؤول (منه) يتعلق بحصل (هبه) فعل أمر وضميره مفعوله الأول (مرة) تمييز (حصل) في محل نصب على أنه مفعول ثان لهب، والتقدير إلا اعتراضاً حدث بعد دخوله وبعد وطئه هب أن الوطء حصل منه مرة واحدة فلا ردّ به وهي مصيبة نزلت بها، وهذا إذا لم يتسبب في إدخاله على نفسه كشربه دواء ليقطع به لذة النساء أو شربه لعلاج علة وهو عالم أو شاك أنه يذهب منه ذلك أو قطع ذكره عمداً أو لعلة نزلت به فإن لها الخيار باتفاق كما في ضيح، ومثل الاعتراض الجب والخصاء والكبر المانع من الوطء حيث لم يدخل ذلك على نفسه لأنه لم يقصد الإضرار بها، فلو قال: إلا كجب الخ. لشمل ذلك ونزلت مسألة وهي أن رجلاً كان يطأ زوجته وطأ معتاداً ثم إنه عرض له ما منعه الإيلاج بحيث إذا أراده سبقه الماء وزال إنعاظه فأفتيت فيها بما في النظم واختلف فيمن أراد استحداداً فترامت يده فقيل لها القيام، وقيل: لا قيام لها لأنه لم يتعمد. وظاهر كلامهم رجحانه وانظر ما يأتي في الإيلاء عند قوله: واشترك التارك الموطء معه الخ.

٤٧٤ـ وبـالـقـديـم الـزَّوْجُ والـكَـثِـيـرِ يَـرُدُّ والـحـادِثِ والـيَـسِـيـرِ

(وبالقديم) يتعلقَ بيرد (الزوج) مبتدأ (والكثير) معطوف على القديم (يرد) بالبناء للمفعول خبر المبتدأ (والحادث واليسير) معطوفان على قوله: القديم. وهذا البيت مستغنى عنه إلا على الاحتمال الثاني المتقدم فلو حذفه وأبدل قوله:

٤٧٥ـ إلاّ حَـدِيـثَ بَـرَصٍ مَـنْـزورِ فَـلاَ طَـلاَقَ مِـنْـهُ فِـي الـمَـشْـهُـورِ

(إلا) بقوله كذا (حدوث برص منزور فلا طلاق منه في المشهور) لأجاد، ويتحصل من كلامه أنه يستثنى من العيب الحادث بالزوج بعد العقد شيئان الاعتراض بعد الوطء والبرص اليسير فلا خيار فيهما للزوجة وهو معنى قول (خ) ولها فقط الرد بالجذام البين والبرص المضر الحادثين بعده لا بكاعتراض الخ. فمفهوم قوله: المضر أي المؤذي برائحته أن غير المضر لا خيار به وهو ما في النظم، ومفهوم قوله: الحادثين بعده أي بعد العقد أن البرص القديم بالرجل يرد به قليلاً كان أو كثيراً، وهو ظاهر تعليل الناظم أيضاً لأنه إنما نفى خيارها في القليل الحادث بعد العقد، وقيل: لا خيار لها في البرص القليل مطلقاً، وأما الجذام فلا فرق بين قليله وكثيره وإنما المدار على تحقق وجوده كما مرّ عند قوله: كذاك في الجنون والجذام الخ.

أو حدث بعده أو بعد البناء (إلا اعتراضاً كان بعدما دخل) بها ووطئها (والوطء منه هبة مرة حصل) فإنه يكفي ولا كلام لها بعد ويكون اعتراضه حينئذ أو جبه أو خصاؤه مصيبة نزلت بها (وبالقديم الزوج والكثير يرد والحادث واليسير) هذا البيت مستغنى عنه بما قبله، وإنما ذكر هذا التعميم توطئة لقوله: (إلا حديث برص منزور) أي قليل (فلا طلاق منه في المشهور) ولو قال كذا حديث برص

٤٧٦ـ وَزَوْجَةٌ بِسَابِقٍ لِعَقْدِهِ وَهْوَ لِزَوْجٍ آفَةٌ مِنْ بَعْدِهِ

(وزوجة) مبتدأ وسوغه العطف على المعرفة وهو الزوج في البيت قبله **(بسابق)** يتعلق بمحذوف خبر أي ترد بسابق **(لعقده)** يتعلق بسابق **(وهو)** مبتدأ عائد على العيب المذكور **(لزوج)** يتعلق بالخبر الذي هو قوله **(آفة من بعده)** حال من المبتدأ أي والعيب حال كونه حادثاً بالزوجة بعد العقد آفة للزوج لأنه قادر على الفراق والحاصل: أن الزوجة ترد بالقديم من الجنون والجذام والبرص قليلاً كان ذلك أو كثيراً كما هو ظاهر النظم، وكذا ترد بالقديم من داء الفرج من عفل ونحوه، ولا ترد بالعيب الحادث بعد العقد داء فرج كان أو غيره قليلاً كان أو كثيراً وهو مصيبة نزلت بالزوج، وأما الزوج فإنه يرد بالقديم من العيوب ولو جذاماً أو برصاً قل على ظاهر النظم و(خ) وهو أحد قولين كما مر، وكذا يرد بالحادث منها بعد العقد إلا أن يكون نحو اعتراض حصل بعد الوطء أو برصاً قليلاً، ثم أشار إلى تفصيل داء الفرج بالنسبة للمرأة فقال:

٤٧٧ـ والرَّتْقُ دَاءُ الفَرْجِ فِي النِّسَاءِ كَالقَرْنِ ثُمَّ العَفْلِ والإِفْضَاءِ

(والرتق) بسكون التاء للضرورة مبتدأ **(داء الفرج)** خبره **(في النساء)** يتعلق بالرتق أو في موضع الحال منه، ويحتمل أن يكون داء الفرج مبتدأ، وفي النساء يتعلق به والرتق خبره **(كالقرن)** تشبيه وكاف التشبيه لا تتعلق بشيء كما مرّ **(والعفل)** معطوف عليه وكل منهما بسكون العين للضرورة والأصل الفتح كالرتق **(والإفضاء)** معطوف أيضاً، والمعنى أن الرتق من داء فرج النساء كما أن القرن والعفل والإفضاء كذلك، فيثبت للزوج الخيار بسابق العقد من ذلك، والرتق انسداد مسلك الذكر والتحامه بحيث لا يمكن معه الوطء إلا أنه إن انسد بلحم أمكن علاجه وبعظم فلا. والقرن شيء يبرز في فرج المرأة يشبه قرن الشاة تارة يكون عظماً فيعسر علاجه وتارة لحماً فلا يعسر، والعفل لحم يبرز في قُبلها يشبه أدرة الرجل ولا يسلم غالباً من

منزور، ويكون التشبيه في الاستثناء لأفاد المراد **(وزوجة)** ترد **(بـ)**ـعيب **(سابق لعقده)** أي النكاح من جنون أو جذام أو برص فإن حدث بها شيء من ذلك بعد العقد فلا رد **(وهو)** أي العيب المذكور **(لزوج)** أصاب زوجته **(آفة)** إذا أصابها **(من بعده)** أي العقد لأنه قادر على الفراق بالطلاق.

والحاصل أن الزوجة ترد بالقديم من الجنون والجذام والبرص وداء الفرج ولا ترد بالحادث. ابن عرفة: ما حدث بالمرأة من عيب بعد العقد لغو هو نازلة بالزوج اهـ. وأما الزوج فيرد بالقديم ولا إشكال وبالحادث إلا أن يكون اعتراضاً أو جباً أو خصاء وحصل واحد منها بعد الوطء ولو مرة أو يسير برص على الرابع من الأقوال في ابن الحاجب. وزاد (خ) الجذام الغير المحقق فقال: ولها فقط الرد بالجذام البين والبرص المضر الحادثين بعده.

ثم أشار إلى العيوب المختصة بالزوجة فقال: **(والرتق)** بسكون التاء للضرورة وهو التصاق محل الوطء والتحامه **(داء الفرج في النساء كالقرن)** سكنه ضرورة والأصل الفتح كقوله **(والعفل)** وهو أن يبدو لحم من الفرج زاد بعض يشبه أدرة الرجل ولا يسلم غالباً من رشح، والقرن شيء يبرز في فرج المرأة يشبه قرن الشاة تارة يكون عظماً فيعسر علاجه وتارة يكون لحماً فلا يعسر. **(والإفضاء)** وهو اختلاط محل الجماع ومجرى البول بزوال الحائل الرقيق الذي بينهما وإذا وقع ذلك لا تمسك بولاً

رشح، والإفضاء اختلاط مسلكي الذكر والبول حتى يصيرا مسلكاً واحداً وأجرى مسلك البول والغائط، وظاهر النظم أنه يخير بما ذكر ولو قل ذلك وخف وهو كذلك خلافاً لابن حبيب.

واعلم أن مسلك الذكر هو مخرج الحيض والولد والمني، وفوق مسلك الذكر ثقب مثل إحليل الرجل وهو مخرج البول، وبين هذا الثقب ومدخل الذكر جلدة رقيقة فإن زالت فهي الإفضاء، وفوق مخرج البول جلدة رقيقة مثل ورقة بين الشفرين والشفران محيطان بالجميع، فتلك الجلدة الرقيقة يقطع منها في الختان للمرأة، وفهم من اقتصار النظم على الأربعة أنه لا خيار له بالاستحاضة ولا بقطع الشفرين ولا بحرق النار ولا بكونها عجوزاً فانية أو صغيرة جداً، ولا بالبخر الذي هو نتن الفرج، لكن المذهب في الأخير أنه عيب خلافاً للأئمة الثلاثة. واقتصر في المتيطية أيضاً على أن الاستحاضة وحرق النار يوجبان الخيار، وكذا نقل البرزلي عن اللخمي. وأما نتن الفم فلا خيار له به على المشهور خلافاً للخمي بخلاف البيع، وتقدم الكلام على العذيطة أول الفصل فانظره هناك.

تنبيهات. الأول: سكت الناظم هنا عن تأجيل الرتقاء ونحوها للدواء لتقدم الإشارة إليه في قوله:

وفــي ســواهــا لا يــكــون الأجــل لــهــن إلا مــا يــرى الــمــؤجــل

وتقدم قول (خ) وأجلت الرتقاء للدواء بالاجتهاد ولا تجبر عليه إن كان خلقة الخ. قال في المتيطية: وإذا كان الرتق من جهة الختان أي الخفاض فإنه يبط على ما أحبت المرأة أو كرهت إذا قال النساء: إن ذلك لا يضرها وإن كان خلقة فلا تجبر على البط إن أبته، ويخير الزوج فإن رضيت بالبط فلا خيار له اهـ. ونحوه في التبصرة الفرحونية، وللخمي زيادة تفصيل وهو إن لم يكن عليها في القطع ضرر ولا عيب في الإصابة بعده كان القول قول من دعي إليه منهما فإن طلقها بعد رضاها به لزمه النصف وإن كرهت فطلق فلا شيء عليه، وإن كان في القطع ضرر ولا عيب بعده خيرت دونه وعكسه خير دونها وإن كان فيه ضرر وبعده عيب في الإصابة خير كل منهما وذكره في الشامل مقتصراً عليه والقرن كالرتق في التفصيل المذكور.

الثاني: إذا ادعى أنها رتقاء وادعت هي عنته وأنها لا عيب بها فإن النساء ينظرن إليها، فإن صدقته كان له الخيار، إلا أن تريد التداوي فتؤجل بالاجتهاد قاله ابن عتاب ونقله البرزلي.

الثالث: قال في التبصرة: وإذا فعل الزوج بزوجته ما يوجب القصاص لها منه وكان شديداً يخاف عليها منه إذا اقتصت منه فإنها تطلق عليه يعني: ويقتص منه أي ففعله ذلك يوجب لها الخيار كالعيوب السابقة.

ولا نطفة وبقي على الناظم البخر بالفتح وهو نتن الفرج فيوجب الخيار لأنه منفر خلافاً للأئمة الثلاثة، وإن لم يمنع أصل الوطء كالإفضاء فإنه إنما يمنع كمال اللذة. وبقي على الناظم أيضاً العذيطة بفتح العين المهملة وسكون الذال المعجمة وفتح المثناة تحت والطاء المهملة هي حدوث الغائط عند الجماع، وهذا هو الثابت من عيوب الفرج المشترك بين الزوجين، ونزلت في زمن أحمد بن نصر ورمى كل واحد منهما صاحبه فأمر أن يطعم أحدهما تيناً والآخر فقوساً.

٤٧٨ـ ولا تُرَدُّ مِنْ عَمًى ولا شَلَلْ ونَحْوِهِ إلاَّ بِشَرْطٍ يُمْتَثَلْ

(ولا ترد) بالبناء للمفعول **(من عمى)** يتعلق به **(ولا شلل ونحوه)** معطوفان عليه **(إلا بشرط)** استثناء مفرغ والباء بمعنى مع **(يمتثل)** بالبناء للمفعول صفة لشرط أي: لا ترد المرأة بشيء من العمى والشلل والعور والإقعاد ونحو ذلك من غير العيوب الأربعة التي هي الجنون والجذام والبرص وداء الفرج إلا مع اشتراط السلامة من ذلك الشيء الخاص كاشتراطه كونها سليمة من العمى أو البكم أو العرج أو الإقعاد، فيجدها بخلاف ذلك، أو اشترط أنها سليمة في جسمها ولم يزد فله ردها حينئذ كما في المتيطية بما مرّ من العمى ونحوه، بل ولو بالسواد على ما للمتيطي، ورده ابن عرفة بأن لفظ السلامة من الجسم لا يدل على نفي السواد. ابن عرفة: وفيها إن وجدها سوداء أو عوراء أو عمياء لم ترد، ولا ترد بغير العيوب الأربعة إلا أن يشترط السلامة منه.

قلت: فإن شرط أنها صحيحة فوجدها عمياء أو شلاء أو مقعدة أيردها بذلك؟ قال: نعم إذا اشترطه على من أنكحه إياها اهـ. فقوله: نعم إذا اشترطه الخ. أي إذا اشترط الزوج على الولي الصحة باللفظ، وثبت ذلك بأداء عدلين، وأما لو لم يعلم الشرط إلا من قوله في الوثيقة صحيحة العقل والبدن فتوجد على خلاف ذلك وتعذر سؤال العدلين أو لم يتعذر، ولكن لم يحققوا كون الزوج اشترط ذلك باللفظ ففي ثبوت الرد بذلك وعدم ثبوته لجري العادة أنه من تلفيق الموثق تردد للباجي وابن أبي زيد وإلى المسألة من أصلها أشار (خ) بقوله: وبغيرها أي العيوب الأربعة إن شرط السلامة ولو بوصف الولي عند الخطبة. وفي الرد إن شرط الصحة تردد لا بخلف الظن كالقرع والسواد من بيض ونتن فم الخ. وظاهر النظم كالمدونة والمختصر أن العرف ليس كالشرط هنا وهو ظاهر بخلاف البيع، ولعل الفرق أن النكاح مبني على المكارمة.

تنبيه: اشتراط كونها ذات مال قدره كذا أو جميلة ولو بوصف الولي يوجب الخيار للزوج إذا وجدها على خلاف ذلك كما في ابن عرفة:

٤٧٩ـ والزَّوْجُ حَيْثُ لَمْ يَجِدْهَا بِكْرا لَمْ يَرْجِعِ إلاَّ بِاشْتِرَاطِ عَذْرا

(والزوج) مبتدأ **(حيث)** ظرف مضمن معنى الشرط خافض لشرطه منصوب بجوابه: **(لم يجدها)** في محل جر بإضافة حيث **(بكرا)** مفعول ثان ليجد وجملة **(لم يرجع)** جواب حيث ومعموله محذوف أي بالثيوبة **(إلا باشتراط)** استثناء مفرغ **(عذرا)** مفعول باشتراط، والجملة من

(ولا ترد) الزوجة **(من)** أجل **(عمى)** وأحرى العور **(ولا شلل ونحوه)** كقطع عضو أو وجدها مقعدة أو سوداء أو منتنة الفم على المشهور إلا أن يكون شرط السلامة حين العقد وهو قوله: **(إلا بشرط يمتثل)** قال في المدونة: وإن وجدها سوداء أو عمياء أو عوراء لم ترد ولا يرد بغير العيوب الأربعة إلا أن يشترط السلامة منه.

قلت: فإن شرط أنها صحيحة فإذا هي عمياء أو شلاء أو مقعدة أيردها؟ قال: نعم إذا اشترطه على من أنكحه إياها اهـ (خ) وفي الرد أن شرط الصحة تردد.

(والزوج) يتزوج المرأة على أنها بكر **(حيث لم يجدها بكراً)** وهي في اللغة التي لم ينعقد عليها نكاح **(لم يرجع)** ولم يكن له ردها **(إلا باشتراط عذراً)** وهي التي بخاتم ربها فإن شرط ذلك فقال ابن

حيث وجوابها في محل رفع خبر المبتدأ، والمعنى أن الزوج إذا تزوج امرأة فوجدها ثيباً فإنه لا يردها بالثيوبة في حال من الأحوال سواء لم يشترط شرطاً أو اشترط أنها بكر إلا في حال اشتراط كونها عذراء وهي التي لا زالت بخاتم ربها ولم تسقط بمزيل أصلاً، فإن اشترط ذلك أو اشترط ما في معناه عرفاً ولو بوصف الولي عند الخطبة كما في ابن عرفة كطفلة أو بنت أو كان العرف إطلاق البكر على العذراء كما عندنا اليوم فوجدها ساقطة العذرة بنكاح أو غيره من وثبة ونحوها كان له الرد على المشهور خلافاً للقابسي، والعرف كالشرط فإذا أصدقها صداق البكر وصنع لها ما يصنع للبكر ثم وجدها ثيباً فله الرد وإن لم يشترط ثيباً.

واعلم أن البكر في اللسان كما في ابن عرفة عن ابن رشد ونحوه في الشارح هي التي لم يكن لها زوج ولو لم تكن لها عذرة وقال بعض شراح (خ) هي عند الفقهاء التي لم توطأ بعقد صحيح أو فاسد جار مجرى الصحيح، وعلى هذا الأخير يحمل الناظم بدليل البيت بعده، وظاهر النظم أن الزوج لا يعذر بالجهل وأنه جهل معنى البكر في اللغة، بل ظنها أنها العذراء وذلك مما يجهله أبناء جنسه وهو كذلك حيث لا عرف في إطلاق البكر على العذراء كما يفيده ابن عرفة، وإنما كان لا يرجع إذا اشترط البكارة ولا عرف في إطلاقها على العذراء لأنه من حيث لا عرف ينصرف اللفظ إلى معناه لغة أعم من أن تكون عذرتها سقطت بزنا أو بقفزة أو وثبة أو تكرر حيض أو غير ذلك، ولا يقال حمله على معناه لغة يقتضي الرد بمجرد تقدم عقد النكاح لأنا نقول تقدم عقد النكاح بمجرده من غير وطء لا غرضية فيه، فلا فائدة لاشتراط انتفائه فانصرف الشرط للتي لم توطأ بنكاح.

ولما كان ما قبل الاستثناء صادقاً بصورتين بما إذا اشترط البكارة، وبما إذا لم يشترط شيئاً كما مر، وكانت البكر هي التي لم توطأ بنكاح أخرج من صورة الاشتراط فقط ما إذا وطئت بنكاح فقال:

٤٨٠ـ ما لَمْ يُزِلْ عَذْرَتَها نِكاحُ ... مُكْتَتَمٌ فالرَّدُّ مُسْتَباحُ

(ما) ظرفية مصدرية **(لم يزل)** صلتها وهو مضارع أزال الرباعي **(عذرتها)** مفعول به والعذرة بضم العين ساتر رقيق على المحل **(نكاح)** فاعل يزل **(مكتتم)** صفة لنكاح **(فالرد مستباح)** مبتدأ وخبر، والجملة جواب شرط مقدر أي فإن أزالها نكاح فالرد الخ. والمعنى أن الزوج إذا اشترط

عرفة: لو شرط أنها عذراء فوجدها ثيباً فله الرد اتفاقاً اهـ. وفي البرزلي: سئل القابسي عمن اشترط عذراء فوجدها ثيباً فقال: هذا شيء لا يمنع الزوج الوطء وشيء يدخل على المرأة ولا تشعر من لعب أو قفزة أو تكرر حيض، وليس بعيب على كل حال اهـ. فهذا قادح في دعوى الاتفاق، لكن المعتمد الأول وجوابه أن هذا شرط فيه. عرض، فإن لو يوجد للمشترط الرد بخلاف شرط البكارة فلا رد فيه على المعتمد إلا أن تكون ثيبت بنكاح وكتموا ذلك عنه كما أشار له بقوله:

(ما لم يزل عذرتها) وهي ساتر رقيق على المحل يزول بأدنى شيء **(نكاح مكتتم فالرد مستباح)** للزوج إذا شاءه. ابن عرفة وفي شرط أنها بكر كذلك أي كشرط عذراء ولغوه قولان، والذي عليه ابن فتحون وأخذ به المتأخرون، ورواه ابن حبيب عن مالك أن لا رد بذلك، ثم استثنى ما إذا ثيبت

البكارة فلا رد له ما لم يزل عذرتها نكاح مكتوم عنه وله الرد حينئذ لأنه اشترط البكارة وهي التي لم توطأ بنكاح، وهذه قد وطئت به فتحصل من كلامه أنه إذا لم يشترط شيئاً وظنها بكراً فلا رد له وطئت بنكاح أو بزنا أو سقطت عذرتها بغير وطء، وإن اشترط البكارة فلا رد له أيضاً إلا إن زالت عذرتها بنكاح كتم عنه، فإن لم يكتم عنه فلا رد له أيضاً، وإن اشترط عذراء أو ما في معناه ردها بكل ثيوبة (خ) عاطفاً على ما لا رد به، والثيوبة إلا أن يقول عذراء، وفي بكر تردد الخ فاقتصر الناظم في البكر على أحد الترددين لأنه المنصوص لمالك وأشهب وابن حبيب، ومقابله أن اشتراط البكارة كاشتراط العذراء لابن العطار، وبعض الموثقين، فقوله: إن لم يجدها بكراً أي لم يجدها موطوءة بنكاح فلا رد له بالثيوبة مع اشتراط البكارة، ومع عدم اشتراط شيء أصلاً ما لم يزل عذرتها نكاح كتم عنه فيردها مع اشتراط البكارة. وقوله: مكتتم أي كتمته هي أو وليها أو هما، وظاهره أنه لا يردها بثيوبة غير النكاح ولو علم بها الولي وكتمها والذي في (خ) أنه إذا علم وكتم فللزوج الرد على الأصح، وبما قررنا سقط الاعتراض عنه بأن كلامه يوهم أن له الرد بتقدم عقد نكاح عليها ولو لم توطأ فيه لأنهم حملوا البكر على معناه لغة وليس ذلك مراد الناظم، وإلا أدى للتدافع في كلامه لأنه إن حملنا البكر على المعنى اللغوي اقتضى أن يردها بتقدم عقد نكاح عليها، ولو كانت لا زالت عذراء الآن. وقوله ما لم يزل عذرتها نكاح الخ. يقتضي أنه لا رد له بتقدم عقد النكاح حيث كانت عذرتها قائمة فالمخلص من ذلك هو حمل البكر في كلامه على البكر التي لم توطأ بنكاح لأن تقدم عقد النكاح بمجرده لا يفوت غرضاً فلا وجه لاشتراط انتفائه والله أعلم.

تنبيهات. الأول: لا حد على الزوج فيما حكاه عنها أنها غير عذراء ولا لعان لأن العذرة قد تزول بسقطة ونحوها إلا أن يقول: زالت بزنا أو يقول: وجدتها مفتضة لأن لفظ الافتضاض يشعر بفعل الفاعل قاله (ق) وقد بحث فيه بأن الافتضاض لا يستلزم الزنا حتى يكون قذفاً لجواز أن يكون من زوج.

من زوج قال: فلو أكذبته في دعواه الثيوبة لكان له عليها اليمين إن كانت مالكة لأمر نفسها أو على أبيها إن لم تكن ولا ينظرها النساء ولا تكشف الحرة في مثل هذا اهـ. وهذا هو المشهور وجرى العمل بقول سحنون في غير المدونة أن النساء ينظرن إليها بأمر السلطان. قال في المقرب: ويدل له قول مالك مما هو عند أهل المعرفة داء الفرج قال في اللامية: والفرج للنسوة انجلا. فتنظرها القوابل لإثبات العيب أو نفيه فلو قال: وجدتها مفتضة حد للقذف ولو ثبت أنها ثيب، واعلم أن الزوج إذا لم يجدها عذراء إما أن يكون شرط ذلك أو ما يفيده عرفاً كبكر وبنت وطفلة أو يشترط بكراً، أو لم يشترط شيئاً فإن شرط عذراء أو ما في معناه فله ردها ثيبت بنكاح أو غيره من قفزة أو تكرر حيض مثلاً، وإن شرط بكراً لم يرد إلا أن ثيبت بنكاح، وكلام الناظم يوهم الرد في هذه، وإن لم يشترط أنها بكر وليس كذلك ويوهم الرد في شرطه عذراء بمجرد تقدم عقد نكاح عليها وليس كذلك.

تنبيه: قال شيخنا: والعرف كالشرط وحينئذ فإذا تزوج الرجل وأصدقها صداق البكر وصنع لها ما يصنع بالبكر ثم وجدها ثيباً فله الرد.

فرع: سئل ابن أبي زيد عمن تزوج بكراً فزنت فقال: هي مصيبة نزلت بالزوج ويلزمه جميع

الثاني: إذا كذبته في دعوى الثيوبة، وزعمت أنها عذراء الآن وهو أزال عذرتها، فالمشهور أنها تصدق في الصورتين بيمين (خ) وحلفت هي أو أبوها إن كانت سفيهة ولا ينظرها النساء الخ. والذي به العمل أن النساء ينظرن إليها في الصورتين كما مر قال في اللامية: والفرج للنسوة انجلا. ولا مفهوم للنسوة بل فرج الرجل ينظر إليه الرجال أيضاً كما مر عن ابن فتحون أول الباب، وبه أفتى ابن علوان كما مر.

الثالث: إذا اشترط أنها عذراء أو ما في معناه أو أصدقها صداقاً على ما مر فسقطت عذرتها بوثبة أو زنا ونحوهما فإن تصادقا على حدوث ذلك بعد العقد أو قامت به بينة فهي مصيبة نزلت بالزوج، ويلزمه جميع الصداق إن دخل، ونصفه إن طلق قبل الدخول كما في جواب لابن أبي زيد المنقول في (ق) وغيره. ويدل له أيضاً قول الناظم فيما مر: وهو لزوج آفة من بعده. وفي المدونة في كتاب الرجم عن مالك إن ظهر بالمرأة حمل قبل البناء وأنكره زوجها وصدقته بأنها زنت وأنه ما وطئها حدث ولا يلحقه الولد ولا لعان فيه. ابن القاسم: وهي زوجة إن شاء طلق وإن شاء أمسك. المتيطي فقول ابن القاسم: إن شاء طلق ولم يقل إن شاء رد يدل على أنه لا قيام له بالعيب إلا أن يقال: إنه لم يطلبه ابن عرفة: والأظهر أنه حادث بعد العقد أو محتمل الحدوث اهـ. أي: والقول للولي والزوجة في محتمل الحدوث أنه حادث وإلاَّ لو كان القول للمزوج لقال إن شاء رد فتأمله منصفاً فقولها: إن شاء طلق يعني وعليه النصف كما تقدم عن ابن أبي زيد، وقولها: إن ظهر بها حمل يدل على أنه طرأ بعد العقد، وإلاَّ فالنكاح فاسد فليست زوجة حينئذ. وقولها: ولا يلحق به الولد يعني إذا أتت به لدون ستة أشهر من يوم العقد وإلاَّ فلا ينتفي عنه إلا بلعان ولو تصادقا على نفيه كما في (خ) وغيره لكنه يعكر عليه قوله: وهي زوجة لأنها إذا أتت به لدون ستة أشهر، فالنكاح فاسد وعليه فقوله: ولا لعان فيه إنما يتمشى على المردود عليه بلو في قول (خ) ولو تصادقا الخ. وأما إن اختلفا في حدوث الحمل وزوال عذرتها بوثبة ونحوها فادعت الحدوث وادعى هو القدم فيجري على ما يأتي في البيت بعده.

الرابع: ظاهر النظم أنه إذا اشترط البكارة واطلع بعد الدخول بها أنها ثيب بنكاح أن له الرد لأنه مغرور فلا يترك لها إلاَّ ربع دينار وهو ظاهر نقل ابن عرفة عن الباجي حيث قال: لو وجدها ثيباً من زوج فله الرد اهـ. وفي اختصار البرزلي: إذا تزوجها بكراً فوجدها ثيباً من رجلين فإن دخل بها مضى النكاح بصداق مثلها وإن كان قبل البناء خير في الإقامة ولزوم كل الصداق أو الفراق ولا شيء عليه فقد أمضاه مع الدخول بصداق المثل.

الخامس: قال ابن زرب: فإذا أقرت الجارية بعد دخول زوجها بها أن بها جنوناً أو أنها غير عذراء لم يقبل قولها لأنها أقرت بما يخرج بعض مالها، وكذا لو اشترط عذرتها وادعى أنه لم

الصداق إن دخل، ونصفه إن طلق قبل الدخول، وفي المدونة في المرأة يظهر بها حمل قبل أن يدخل بها. قال ابن القاسم: هي زوجة إن شاء طلق وإن شاء أمسك ولا يلحق به الولد وتحد هي.

تنبيه: قال المتيطي: ينبغي لأولياء المرأة تذهب عذرتها بغير جماع أن يشيعوا ذلك ويشهدوا به ليرتفع عنها العار عند نكاحها.

يجدها كذلك وصدقته لم يقبل قوله، وعليه جميع الصداق. كذا نقل البرزلي. وفي اختصار المتيطية ما نصه: قال ابن زرب في اختصاره الثمانية: فإن صدقته الزوجة وهي في ولاية أبيها لم يقبل قولها لأنها أقرت بما يخرج بعض مالها من يد أبيها. وقال ابن حبيب: يقبل قولها اهـ. ابن عرفة: وفي قبول تصديقها له وهي في ولاية أبيها قولا ابن حبيب. وابن زرب: لأن مالها بيد أبيها قال ابن عرفة: وإنما قال ابن حبيب بالتصديق لأنه أمر لا يعلم من غيرها ولها نظيره في إرخاء الستور اهـ. ورأيت في نوازل الزياتي أن من تزوج امرأة على أنها بكر أي وعرفهم أنها العذراء فوجدها ثيباً فسئلت عن ذلك فأقرت أنها زنت منذ خمسة أشهر فهل تصدق أم لا؟ فقال: المتبادر أنها تصدق إذ لا يعلم ذلك إلا من قبلها، وقد طال بحثي على النص في النازلة فما وفقت على شيء اهـ. قلت: ما استظهره جار على قول ابن حبيب لا على قول ابن زرب الذي هو المعتمد، إذ المحجور لا يقبل إقراره فيما يرجع لماله والقول حينئذ قول وليها أن ذلك حدث بعد العقد أو أن ذلك من فعل الزوج كما مرّ، وكما يأتي في البيت بعده. وفي البرزلي فيمن تزوج بكراً فقال: وجدتها ثيباً وأخبر في حينه بذلك فقال ابن أبي زيد: ينظرها النساء فإن قلن القطع جديد لم يقبل منه، وإن قلن قديم فإن زوّجها أخوها أو أبوها فعليه صداقها ويرجع به عليها، وإن كان غيرهما فهي الغارة فيرجع عليها به إلا ربع دينار اهـ. قال البرزلي عقبه: لعل هذا إذا اشترط أنها بكر عذراء ويحتمل الإطلاق لما جرت العادة أن البكر هي العذراء على مذهب المتأخرين وعلى مذهب المتقدمين لا يضر ذلك وبه العمل اهـ من اختصاره.

السادس: من تزوج امرأة على أنها بكر فوجدها ثيباً فأقر أبوها أنها كانت تكنس البيت فنزل بها شيء أذهب عذرتها ورد للزوج الصداق فقال أشهب: يرجع الأب على الزوج بما دفعه إليه ولا شيء للزوج، وقال أصبغ: لا يرجع لأنه إن كان شرط عليه ذلك فله الرد كاشتراط البياض والجمال، وإن لم يشترطه فقد طاع الأب بالرد فلا رجوع له بالجهالة ولا يصدق، ويحمل على أنه أراد الستر على ابنته لأن ذلك يكون به الفرقة وترجع البنت على أبيها. قال بعض الموثقين: وهذا يدل على أن أشهب لا يرى له الرجوع بذلك العيب يعني لأنه الجاري على ما مر من أن اشتراط البكارة لا يوجب الرد بالثيوبة. ابن رشد: رد الأب المهر للزوج إن كان على شرط الفراق لم يتبع به الزوج لأنه عوض، وتتبع البنت أباها لأنه أتلفه بغير حق وإن رده على بقائها في عصمته رجع به عليه لابنته إذ هبة الأب مال ولده الصغير لا تجوز على مذهب ابن القاسم، وإن رده على غير بيان الفرقة أو عدمها فحمله أشهب على غير الفرقة فأوجب له الرجوع على الزوج، وحمله أصبغ على الفرقة فأمضاه الزوج ويغرمه الأب لابنته، وهذا كله على عدم حمله أنها بكر على شرط العذرة، وأما إذا حمل عليه فرد الأب ماض ولا غرم عليه لابنته نقله ابن عرفة والمتيطية.

السابع: من حلف بطلاق زوجته أن بفلانة عيباً مما لا يطلع عليه الرجال وشهدت أربع نسوة بنفيه، فإنه لا يحنث قاله السوداني في باب الزنا عند قوله: فلا يسقط بشهادة أربع نسوة ببكارتها.

الثامن: قال المتيطي: ينبغي لأولياء المرأة تذهب عذرتها بغير نكاح أن يشيعوا ذلك

ويشهدوا به ليرتفع عنها العار عند نكاحها. ابن عرفة: إنما يرتفع عارها إذا نزل بها ذلك وهي في سن من لا توطأ أو كانت سقطتها بمحضر جمع، وينبغي أن يثبت ذلك بشهادة ذلك الجمع ولو كان ذا سترة قاصرة عن التعديل أو نساء، وكيفية الشهادة بذلك أشهد فلان بن فلان شهيديه أنه كان مما قدر الله إن نزل بوليته فلانة التي في حجره أنها سقطت من كذا أو وثبت فسقطت عذرتها الخ. فإذا زوجها وليها لزمه إعلام الزوج بذلك فإن لم يعلمه جاء القولان في شرط البكارة اهـ. قلت: أصح القولين أن له الرد كما تقدم عن (خ). والله أعلم.

التاسع: لا عبرة بنظر القوابل إلى البنت بعد أيام من دخول الزوج وإن شهدن بأن القطع قديم فلا حجة للزوج في ذلك لأنه قد يكون الافتضاض في أول دخوله ويبرأ الجرح في الأيام بدمل لأن العادة أنه يبرأ بالقرب، وإنما يعتبر ذلك إذا نظرن إليها صبيحة ليلة دخوله وما قرب منها جداً بحيث لا يمر من الزمان ما يكون البرء فيه عادة قاله ابن لب في جواب له نقله الشارح. ويفهم منه أن الزوج إذا مكث معها نحو الثلاثة الأيام وادعى أنه لم يصبها إلا في الليلة الثالثة مثلاً فوجدها ثيباً وادعت هي أو وليها أنه أصابها في الليلة الأولى فالقول لها ولوليها. وشهادة القوابل بعدم القطع عن ذلك لا تنفع والله أعلم. بل لو اعترفت بأنها لا زالت عذراء واعترف هو بوطئها فوجدها ثيباً ونظر النساء إليها بعد يوم ونحوه من دخوله فوجدنها ثيباً لوجب عليه الغرم للصداق باعترافه لموجبه عليه ولا عبرة باعترافها ببقاء عذرتها. وانظر لو اعترف بالوطء وكذبته فيه وشهد النساء ببقاء عذرتها فهل يؤاخذ بإقراره لأنه كذب شهادة النساء إلا أن يرجع لقولها كما يدل له قول (خ) في فصل الصداق وإن أقرّ به فقط أخذ إن كانت سفيهة وهل إن أدام الإقرار لرشيدة كذلك أو إن كذبت نفسها؟ تأويلان الخ.

العاشر: ظاهر إطلاقات الأشياخ أن النساء ينظرن إلى نفس الفرج وهو الذي عليه عمل الناس اليوم فيما شاهدناه من غير نكير من القضاة وأهل العلم، والذي اقتصر عليه في المتيطية وابن فرحون في التبصرة: أن تجعل المرآة أمام فرجها وتفتح فخذيها وتجلس امرأتان من خلفها ينظران في المرآة وهي تفتحها بيدها فما نظرتا فيه شهدتا به.

٤٨١ـ والقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ قَبْلَ الابتِنَا　　فِي قِدَمِ العَيْبِ الَّذِي تَبَيَّنَا

(**والقول**) مبتدأ (**قول الزوج**) خبر (**قبل الابتناء**) ظرف لمصدر دل عليه الخبر المذكور أي القول قول الزوج عند الاختلاف قبل الابتناء إذ لا يقال القول لفلان إلا عند الاختلاف (**في قدم العيب**) يتعلق بالخبر (**الذي تبينا**) نعت للعيب ومعموله محذوف أي الذي تبين قبل البناء.

٤٨٢ـ وَالقَوْلُ بَعْدُ في الحُدُوثِ قَوْلُ الأَبْ　　والزَّوْجُ إذْ ذَاكَ بَيَانُهُ وَجَبْ

(**والقول**) مبتدأ (**بعد**) ظرف للاختلاف المقدر أيضاً مبني على الضم لقطعه عن الإضافة لفظاً (**في الحدوث**) يتعلق بالخبر الذي هو (**قول الأب والزوج**) مبتدأ (**إذ**) ظرف زمان ماض

(و) إذا ثبت العيب بالمرأة ببينة أو إقرار وادعى أنه قديم يوجب الخيار وادعت هي أنه حادث بعد العقد ولا خيار له فـ(**ـالقول قول الزوج**) إن كان تنازعهما (**قبل الابتنا في قدم العيب الذي تبينا**) بها من جنون أو جذام أو برص إلا أن تأتي هي أو وليها ببينة على حدوثه (**والقول بعد**) أي فيما إذا

يتعلق بوجب (ذاك) مبتدأ خبره محذوف تقديره كذلك، والجملة في محل جر بإضافة إذ لقوله: وألزموا إضافة إلى الجمل. حيث وإذ الخ. (بيانه) مبتدأ ثان وجملة (وجب) خبره، والجملة من المبتدأ والخبر خبر الأول، والمعنى أن الزوجين إذا اختلفا في قدم العيب وحدوثه فادعى تقدمه على العقد ليكون له الرد، وادعت الزوجة أو وليها حدوثه بعد العقد ليكون مصيبة نزلت به كما مرّ في قوله: وهو لزوج آفة من بعده. فإن كان ذلك الاختلاف قبل البناء فالقول قول الزوج في قدمه وعلى الزوجة إثبات كونه حادثاً، وإن كان اختلافهما بعد البناء فالقول قول الزوجة في حدوثه، وعلى الزوج بيان قدمه. وما ذكره الناظم هو ملخص ما لابن رشد في البيان مقيداً به إطلاق ابن القاسم حيث قال في سماع عيسى وأصبغ من زوج ابنته على أنها صحيحة فتجذمت بعد سنة أو نحوها. فقال الأب: تجذمت بعد النكاح. وقال الزوج: قبله فالأب مصدق وعلى الزوج البينة. ابن رشد: إنما يصدق إن تداعيا بعد البناء وقبله القول قول الزوج كما أن القول قول المبتاع في عيب عبد ظهر قبل قبضه يحتمل الحدوث والقدم اهـ. فأنت تراه في الرواية أطلق، وقيده ابن رشد بما ترى وتبعه على التفصيل المذكور ابن سلمون والناظم، والذي لابن فتحون أن القول للزوجة وأبيها مطلقاً كان النزاع قبل البناء أو بعده وهو ظاهر (خ) وابن شاس والمقرب.

قلت: وهو الموافق لنص ابن القاسم المتقدم فيمن ظهر بها حمل قبل البناء وأنه إن شاء أمسك وإن شاء طلق لكون الحمل حادثاً بعد العقد، أو محتمل الحدوث على ما استظهره ابن عرفة كما مرّ في التنبيه الثالث قبل هذين البيتين. وحاصله؛ أن ابن القاسم في سماع عيسى وأصبغ قال: إن القول للأب وعلى الزوج البينة وأطلق فظاهره كان نزاعهما قبل البناء أو بعده واعتمد إطلاقه غير ابن رشد ممن تقدم، وهذا الإطلاق هو الموافق لما مر قريباً عن المدونة في كتاب الرجم، ولذا أطلق (ح) وغيره ممن تقدم قال ابن رحال: وهو الصواب وتقييد ابن رشد

كان تنازعهما بعد البناء (في الحدوث قول الأب) أنه حادث (والزوج إذ ذاك بيانه) لدعواه القدم (وجب) فإن أقام بينة وإلا فالقول للأب أنه زوجها صحيحة. قال ابن المواز: مع يمينه ثم ما ذكره الناظم من التفصيل هو ملخص ما في البيان، وابن عرفة وابن سلمون، وبه شرح الحطاب والمواق وعج وغيرهم كلام المصنف وظاهر (خ) وابن شاس، ونص ابن القاسم أن القول للزوجة والأب مطلقاً كان النزاع قبل البناء أو بعده، ومثله لابن أبي زمنين قال في المقرب، قال محمد: ومن زوج ابنته فمكثت سنة أو نحوها، ثم ظهر بها جذام فادعى الزوج أنها كانت مجذومة يوم زوجها أبوها، وقال الأب: تجذمت بعد النكاح، فالبينة على الزوج أنها كانت مجذومة يوم زوجها أبوها، والقول قول الأب لأن الزوج ائتمنه كذلك، روى عيسى وأصبغ عن ابن القاسم اهـ. وكلام ابن فتحون صريح في أن القول للزوجة وأبيها مطلقاً، وإنما فصل هل تحلف هي أو هو ونصه وإن اختلفا فقال الزوج إن ذلك بها قبل النكاح، وقالت هي أو الولي: بعده ويقدر الزوج على إقامة البينة على دعواه، فحكى بعض شيوخنا: أن اليمين تجب عليها إن كان لم يدخل بها ولا تجب على الولي وإن كان قريب المرأة لأنه لا غرم عليه قبل الدخول وإن كان ذلك بعد الدخول بحيث يجب الغرم عليه فعليه اليمين إن كان قريب القرابة، أو عليها إن لم يكن الولي قريباً. ولما ذكر ابن سلمون ما عقده الناظم قال:

وإن تبعه عليه غيره غير ظاهر وكم من تقييد أهمل، وقد أطلق ابن يونس كما أطلق ابن شاس اهـ باختصار.

تنبيهان. الأول: إذا كان القول للأب فبيمينه (خ) وحلفت هي أو أبوها إن كانت سفيهة الخ. ابن رشد: الأخ كالأب أي وأحرى الابن وغيرهم من الأولياء لا يمين عليهم، بل عليها، وينبغي أن تكون يمين الولي على العلم انظر ابن عرفة و(ح).

الثاني: قال الشارح: انظر هل يريد بالبينة إقامة شهادة بأن العيب بها قديم أو حادث أو شهادة أهل المعرفة بأنه قديم أقدم من أمد العقد أو حادث بعد العقد أو محتمل كالشهادة في الرقيق والدواب اهـ. قلت: الجاري على ما مر في مسألة البكارة أن المراد شهادة أهل المعرفة بأنه أقدم من أمد العقد وأحرى إذا أقام بينة تشهد بالقطع بأنه كان بها قديماً، وربما يستروح هذا أيضاً من تشبيه. ابن رشد: المسألة بعيب عبد ظهر قبل قبضه الخ فتأمله والله أعلم.

٤٨٣ـ كَـذَا بَـرَدِّ ذِي انْـتِـسَـابٍ أُلْـفِـيَـا لِـغَـيَّـةٍ أَوْ مُـسْـتَـرَقًّـا قُـضِـيَـا

(كذا) تشبيه راجع لقوله قضى آخر البيت **(برد ذي انتساب)** يتعلق بقضى المذكور **(ألفيا)** بالبناء للمفعول بمعنى وجد وألفه للإطلاق ونائبه المفعول الأول ضمير يعود على ذي انتساب **(لغية)** بكسر لام الجر وفتح الغين وكسرها يتعلق بألفى في محل المفعول الثاني له يقال فلان لغية إذا كان لغير رشدة أي ابن زنا **(أو مسترقاً)** معطوف على محل لغية **(قضيا)** بالبناء للمفعول ونائبه ضمير يعود على الزوجة أي: قضى لها فحذفت لام الجر فاتصل الضمير واستتر والتقدير قضى للزوجة برد ذي انتساب ألفته منسوباً لغية أو مسترقاً كذلك أيضاً كما قضى لها برده بالعيب، فإذا تزوجته على أنه ذو نسب فوجدته ولد زنا أو تزوجته على أنه حر فوجدته رقيقاً أو ذا شائبة رق فلها رده إن شاءت، وظاهره أن مجرد الظن كاف وإن لم يكن هناك شرط فقوله: ذي انتساب أي اشتراطاً أو ظناً فإذا تزوجته ظانة أنه نسيب أو أنه حر، فإذا هو لغية أو رقيق فلها رده لأن العرف أن النسيبة لا تتزوج إلا النسيب، والحرة لا تتزوج إلا الحر والعرف كالشرط، فإن لم يكن عرف بذلك فلا رد إلا مع الشرط الصريح وعكس المسألتين كذلك وهو تزوجه إياها ظاناً أو مشترطاً أنها لرشدة فإذا هي لغية أو ظاناً أو مشترطاً أنها حرة فإذا هي أمة، ويفهم منه أنه إذا تزوجها يظنها حرة فإذا هو وهي رقيقان لا رد لها ولا له لأن كلاً منهما من مناكح الآخر. نعم

ذكر ذلك ابن رشد، قال بعض المتأخرين: وقد وهم ابن فتحون فذكر خلافه اهـ. **(كذا)** أي وكما قضى للزوجة بحدوث العيب فيما إذا كان التنازع بعد البناء قضى لها **(برد ذي انتساب)** أي من تزوجته على أنه ذو نسب ثم **(ألفيا لغية)** أي لزنية أي ابن زنا. قال في المشارق: يقال فلان لعية إذ كان لغير رشدة بفتح الغين كما يقال لزنية بكسر الزاي، وحكى ابن دريد أنه يقال فيه أيضاً لغية بكسر الغين اهـ. ونحوه في المصباح والصحاح والقاموس، وأما اللام فحرف جر مكسورة على كل حال **(أو)** تزوجت الحرة رجلاً على أنه حر فألفته **(مسترقاً)** أي عبداً أو ما فيه شائبة رق **(قضيا)** لها أيضاً برد إن شاءت، وعكس المسألتين وهو لو تزوجها لرشدة، فإذا هي لغية أو على أنها حرة فإذا هي أمة كذلك فإذ كانت المشترطة للحرية أمة فلا رد لها لأنها من مناكحه.

لو تزوجها العبد أو تزوجته على شرط الحرية فتبين خلافه فلها وله الرد، وإن كان كل منهما من مناكح الآخر لأنه خلاف الشرط المدخول عليه، وانظر لو تزوجها أو تزوجته على أنها أو أنه لرشدة فإذا هما لغية هل يجري على حكم ما إذا كان العيب بهما معاً كما مر في أول الفصل أو إلى المسألة الأخيرة، وعكسها الشارح بقوله: وإلاّ تزوج الحر الأمة والحرة العبد بخلاف العبد مع الأمة والمسلم مع النصرانية إلا أن يغرا أو إلى ما يتضمن الأولى أشار بقوله: وللعربية رد المولى المنتسب. الخ. فيستروح منه أن الذي لغية يرد بالأحرى ولو لغير العربية، وفي المتيطية وللمرأة أن ترد الرجل إذا انتسب لها فوجدته لغية وكذلك إن كان عبداً الخ.

تنبيه: سكت الناظم عما يكون للزوجة في الرد قبل البناء أو بعده، وأشار له (خ) بقوله: ومع الرد قبل البناء فلا صداق وبعده فمع عيبه المسمى ومعها رجع بجميعه انظر تفصيله فيه.

فصل (في) ذكر احكام (الإيلاء والظهار)

واختلف في معنى الإيلاء لغة فقيل: هو اليمين مطلقاً، ثم استعمل في اليمين على ترك الوطء، وقيل: هو الامتناع قال تعالى: ولا ﴿يأتل أولو الفضل منكم﴾ [النور: ٢٢] وشرعاً قال ابن عرفة: حلف زوج على ترك وطء زوجته يوجب خيارها في طلاقه اهـ. فقوله على ترك وطء زوجته الخ أخرج به ما إذا حلف على غير ترك الوطء أو على ترك وطء غير الزوجة من أجنبية أو أمة. وفي المعيار: لا يلزم الإيلاء في الأجنبية، ويلزمه الظهار فيها. وانظره مع قول القرافي في ذخيرته إذا قال لأجنبية: والله لا أطؤك وأنت علي كظهري أمي فتزوجها لزمه الإيلاء لأنها يمين لا يشترط فيها ملك المحلوف عليه دون الظهار لأن من شرطه الزوجية إلا أن يريد إن تزوجتك فيلزماه معاً اهـ بلفظه. وقوله: يوجب خيارها أخرج به الحلف على ترك الوطء الذي لا يوجب لها خياراً كحلفه على تركه أربعة أشهر فدون أو كون الزوج لا يتصور منه الوطء كالعنين والمجبوب أو كون الزوجة مرضعة أو صغيرة لا يوطأ مثلها ونحو ذلك، فحلف الزوج المجبوب أو ذو الزوجة المرضعة والصغيرة على ترك الوطء أكثر من أربعة أشهر لا يوجب للزوجة خياراً لكونه لم يقصد بذلك ضرراً إلا أنه اعترض قوله: يوجب خيارها بأنه من إدخال الحكم في الحد اهـ. وهو مردود لأنه يفضي للدور. وقد يجاب بما أجابوا به عن ابن مالك في قوله: الحال وصف فضلة منتصب الخ. ولهم في ذلك أجوبة منها أن الممنوع هو الحكم قبل تصور المحدود بشيء ما من أجزائه، وهذا ليس كذلك وعرفه (خ) بقوله الإيلاء يمين زوج مسلم مكلف يتصور وقاعه وأن مريضاً يمنع وطء زوجته وإن تعليقاً غير المرضع وإن رجعية أكثر من أربعة أشهر أو شهرين للعبد ولا ينتقل للعتق بعده، كوالله لا أراجعك أو لا أطؤك.

فصـــل في الإيلاء والظهار

والإيلاء لغة اليمين يقال آلى يولي وائتلى قال تعالى: ﴿الذين يؤلون من نسائهم﴾ [البقرة: ٢٢٦] ﴿ولا يأتل أولو الفضل منكم﴾ [النور: ٢٢] وشرعاً حلف الزوج القادر على الوطء المسلم المكلف على ترك وطء زوجته أكثر من أربعة أشهر للحر أو شهرين للعبد كوالله لا أطؤك قاله (خ). وقال

٤٨٤ـ وَمَنْ لِوَطْءٍ بِيَمِينٍ مَنَعَه   لِزَوْجَةٍ فَوْقَ شُهُورٍ أَرْبَعَة

(ومن) اسم شرط أو اسم موصول مبتدأ واقع على الزوج المكلف الذي يتصور وقاعه (لوطء) اللام زائدة لا تتعلق بشيء كما مر، وهو في محل نصب يمنعه من باب الاشتغال (بيمين) يتعلق بقوله: (منعه) والجملة صلة الموصول أو فعل الشرط الضمير الفاعل بمنعه (لزوجة) يتعلق بمنعه أيضاً وهو على حذف الصفة أي غير مرضعة ولا صغيرة لا يوطأ مثلها (فوق شهور) ظرف يتعلق به أيضاً (أربعه) صفة للشهور.

٤٨٥ـ فَذٰلِكَ الْمُولِي وَتَأْجِيلٌ وَجَبْ   لَهُ إِلَى فَيْئَتِهِ لِمَا اجْتَنَبْ

(فذلك) مبتدأ (المولى) خبره، والجملة من هذا المبتدأ والخبر جواب من على أنها شرطية أو خبرها على أنها موصولة ودخلت الفاء في خبر الموصول لشبهه بالشرط في العموم والإبهام (وتأجيل) مبتدأ سوغه عطف هذه الجملة على التي قبلها (وجب) خبره (له إلى فيئته) يتعلقان به (لما) يتعلق بفيئة (اجتنب) صلة ما، والتقدير: والزوج الذي منع لزوجته وطأ بيمين منعه فوق شهور أربعة للحر وشهرين للعبد فذا الحالف هو المولى، والحكم أنه يجب أن يؤجل أجل الإيلاء الآتي إلى فيئته أي عوده للوطء الذي اجتنبه بيمينه المذكورة. والفيئة بفتح الفاء وكسرها قال (خ): هي تغييب الحشفة في القبل وافتضاض البكر، فإذا فاء داخل الأجل انحل عنه الإيلاء وكفر عن يمينه إن كانت مما تكفر، وإذا انقضى أجل الإيلاء الآتي وهو أربعة أشهر من يوم الحلف أو الرفع في الحنث أو لم يفيء أوقفه القاضي فإما فاء وإلا طلق عليه. قال في المتيطية: وإذا آلى حر من امرأته أربعة أشهر فدون أو عبد شهرين فدون فلا حكم له فإن زاد إيلاء الحر أو العبد على ما ذكرناه أو كانت يمينه مطلقة في الزمان وقامت الزوجة بحقها في الوطء ضرب له أجل الإيلاء من يوم اليمين، فإذا انقضى قيل له: إما أن تفيء وإلا طلقت عليك اهـ بلفظ الاختصار. وما نقله الشارح هو لفظ النهاية كما وقفت عليه فيها، ثم إن الناظم أطلق في الزوجة فيشمل المدخول بها وغيرها حرة كانت أو أمة أو كتابية كما أطلق في اليمين فشمل اليمين بالله وغيرها من نذر صلاة أو صيام أو هدي أو حج أو عتق أو بطلاقها أو بطلاق امرأة أخرى. وقوله: وتأجيل وجب الخ هذا التأجيل هو الآتي في قوله: وأجل المولى شهور أربعة الخ. وبالجملة فلا ينعقد إيلاؤه إلا إذا حلف على تركه أكثر من أربعة أشهر وشهرين للعبد أو كانت يمينه مبهمة أي مطلقة أو في معنى المطلقة كقوله: والله لا أطؤك حتى يقدم زيد أو حتى تأتيني أو حتى أموت أو حتى تسأليني وإذا انعقد وجب تأجيله أربعة أشهر للحر ونصفها للعبد وإلى مبدأ التأجيل أشار بقوله:

٤٨٦ـ وَأَجَلُ الإِيلاءِ مِنْ يَوْمِ الحَلِفْ   وحَانِثٌ مِنْ يَوْمِ رَفْعِهِ ائْتُنِفْ

الناظم: (ومن لوطء بيمين منعه) الهاء عائدة على وطء وهو مفعول بفعل محذوف من باب الاشتغال واللام زائدة والتقدير ومن منع الوطء بيمين منعه.

(لزوجة فوق شهور أربعة) للحر أو شهرين للعبد (فذلك) الحالف هو (المولى وتأجيل وجب له إلى فيئته) أي رجوعه (لما اجتنب) وهو الوطء الذي حلف على تركه يعني: وحكمه أنه يجب أن يضرب له أجل مبلغه أربعة أشهر كما سيأتي في كلامه (وأجل الإيلاء) الذي هو أربعة أشهر مبدؤه

(وأجل الإيلاء) مبتدأ **(من يوم الحلف)** خبره. ومعناه أن أجل الإيلاء الآتي في قوله: وأجل المولى شهور أربعة. مبدوء من يوم الحلف. وهذا إذا كانت يمينه على بر بدليل ما بعده فيشمل والله لا أطؤك وأطلق، فإن الإطلاق يعم سائر الأزمان فهو على إطلاقه فلا يخص بوقت دون وقت إلا بدليل، وأحرى لو قال: والله لا أطؤك أبداً أو خمسة أشهر بل ظاهره ولو كانت محتملة لأقل من أربعة أشهر كوالله لا أطؤك حتى يقدم زيد أو يموت أو حتى تسأليني أو تأتيني ونحو ذلك كما هو نص المدونة خلافاً لما في (خ) من أن الأجل في المحتملة من يوم الرفع والحكم حيث قال: والأجل من اليمين إن كانت يمينه صريحة في ترك الوطء لا إن احتملت مدة يمينه أقل أو حلف على حنث فمن الرفع والحكم الخ.

والحاصل أنه مهما دلت يمينه على ترك الوطء صراحة أو التزاماً كوالله لا ألتقي معها أو لا أغتسل من جنابة فالأجل من يوم اليمين كانت اليمين صريحة في كون المدة أكثر من أربعة أشهر حقيقة، ومنها لا وطئتك حتى يقدم فلان، وقد علم أنه لا يقدم إلا بعدها أو حكماً كلا وطئتك حتى أموت أو تموتي أو كانت غير صريحة في المدة المذكورة بل تحتمل كوالله لا وطئتك حتى يدخل زيد الدار أو حتى يموت عمرو، لاحتمال دخوله الدار أو موت عمر وأثر اليمين قبل مضي المدة إلا أنه في غير المحتملة بقسميها يحكم بإيلائه من الآن، وفي المحتملة بصورتيها لا يحكم بأنه مول حتى تنقضي الأربعة أشهر ولم يطأ ولم يقع المحلوف عليه، فهناك يحكم بأنه مول ولا يضرب له أجل آخر بل أجله قد انقضى خلافاً لما يقتضيه (خ) من أنه في المحتملة يستأنف له الأجل من يوم الرفع فمصب الصراحة عنده المدة المقدرة أي: والأجل في اليمين بشرطين أن تكون يمينه على ترك الوطء صراحة أو التزاماً، وأن تكون صريحة في المدة المذكورة وهي أكثر من أربعة أشهر للحر أو شهرين للعبد، فالصراحة منصبة على هذا الشرط الثاني المقدر بدليل قوله: لا إن احتملت مدة يمينه أقل الخ. قاله طفي وغيره.

(وحانث) مبتدأ على حذف مضاف أي: وأجل حانث **(من يوم رفعه)** يتعلق بقوله **(ائتنف)** بالبناء للمفعول والجملة خبر المبتدأ، والمعنى أن الحالف على ترك الوطء تصريحاً أو التزاماً أجله

(من يوم الحلف) يعني حيث كانت يمينه على بر بدليل ما بعده فشمل والله لا أطؤك أبداً وخمسة أشهر، وشمل المحتملة أقل كوالله لا أطؤك حتى يقدم زيد أو يموت عمرو، وهو في الثانية موافق لقول ابن عرفة نص المدونة: أن الأجل فيها من يوم الحلف قال: وقول ابن الحاجب أن الأجل في والله لا أطؤك حتى يموت زيد من يوم الرفع غلط اهـ. وتبع ابن الحاجب على هذا الغلط (خ) فقال: والأجل من اليمين إن كانت في يمينه صريحة في ترك الوطء لا إن احتملت مدة يمينه أقل أو حلف على حنث، فمن الرفع والحكم وجرى الشيخ ميارة على هذا الغلط مع أن كلام الناظم سالم صحيح.

(وحانث) أي ومن لحقه الإيلاء بسبب حلفه يميناً هو فيها على حنث كقوله إن لم أدخل الدار مثلاً فأنت طالق فإنه يحال بينه وبين زوجته حتى يفعل المحلوف فإن لم يفعل وطالبته بحقها كان مولياً وضرب له أجل الإيلاء **(من يوم رفعه)** للحاكم **(ائتنف)** الأجل **(ويقع الطلاق حيث لا يفي)** أي

من يوم الحلف سواء كانت يمينه صريحة في كون المدة أكثر من أربعة أشهر أو محتملة أقل كما مرّ، وإن حلف على غير ترك الوطء كقوله: إن لم أدخل الدار أو إن لم أكلم فلاناً مثلاً فأنت طالق أو عليه الطلاق ليضربن زيداً فالأجل في ذلك من يوم الرفع كما أشار له (خ) في الطلاق بقوله: وإن نفى ولم يؤجل كان لم أقدم منع منها أي ويدخل عليها الإيلاء فقول الناظم: وحانث الخ وقول (خ) وعلى حنث أي وقد حلف على غير ترك الوطء كما في طفي.

٤٨٧ـ وَيَقَعُ الطَّلاقُ حَيثُ لا يَفِي إلاّ عَلَى ذي العُذْرِ في التَّخَلُّفِ

(ويقع الطلاق) فعل وفاعل **(حيث)** ظرف مضمن معنى الشرط خافض لشرطه منصوب بجوابه المحذوف للدلالة عليه وفاعل **(لا يفي)** ضمير يعود على المولى والجملة في محل جر بإضافة حيث **(إلا)** استثناء مفرغ **(على ذي العذر)** يتعلق بيقع **(في التخلف)** بدل من العذر، وفي سببية وهو من باب القلب أي: ويقع الطلاق على كل مول إن لم يف بعد أجله الآتي إلا على المولى ذي التخلف بسبب العذر من مرض أو غيبة أو سجن أو حيض أو إحرام، ففي الحيض والإحرام يؤخر لزوالهما إن وعد بها أو يكفر أو يعجل الحنث كما في طفي و(خ) وفيئة المريض والمحبوس بما ينحل به إيلاؤهما وبعث للغائب إن بشهرين فقوله: ويقع الطلاق أي إذا انقضى الأجل فيقال له: إما أن تفيء وإلا طلقت عليك كما مرّ عن المتيطية، فإن قال: لا أفيء طلق الحاكم عليه بلا تلوم طلقة يملك بها رجعتها إن فاء في العدة وإن وعد بالفيئة تلوم له واختبر مرة بعد مرة في مدة التلوم، فإن ادعى الوطء فيها صدق بيمين في الثيب وينظر النساء للبكر على ما به العمل فإن مضت مدة التلوم ولم يفيء أمر بالطلاق، فإن لم يفعل طلق الحاكم عليه، ومثل الحاكم من يقوم مقامه من صلحاء البله عند فقده. والفيئة اصطلاحاً هي تغييب الحشفة في القبل في الثيب وافتضاض البكر. وفي القاموس فاء المولى من امرأته كفر عن يمينه ورجع إليها. وفي ذخيرة القرافي الفيئة الرجوع ومنه الفيء بعد الزوال للظل أي: رجع بعد ذهابه فقوله: حيث لا يفيء الخ لا مانع من حمل الفيئة في كلامه على معناه اللغوي، بل هو الواجب ليعم التغييب المذكور أو تعجيل الحنث كعتق المحلوف بعتقه أو تكفير ما يكفر أو يدخل الدار ونحو ذلك (خ) وانحل الإيلاء بزوال ملك من حلف بعتقه وبتعجيل الحنث وبتكفير ما يكفر إلى أن قال وطلق عليه إن قال: لا أطأ بلا تلوم وإلا اختبر مرة بعد مرة الخ. إلا أنه إذا انحل إيلاؤه بتعجيل الحنث ونحوه واستمر على ترك الوطء فيطلق عليه حينئذ للضرورة كما يأتي في قوله: واشترك التارك للوطء معه.

٤٨٨ـ وَعَادِمٌ لِلْوَطْءِ لِلنِّسَاءِ لَيْسَ لَهُ كالشَّيْخِ مِنْ إيلاءِ

(وعادم) مبتدأ سوغه عمله في قوله **(للوطء)** وقوله **(للنساء)** يتعلق بالوطء **(ليس)** فعل

حيث لم تقع منه الفيئة بأن يعجل الحنث ويدخل الدار أو يكفر عن يمينه حيث كانت بالله أو بعتق معين ويطلقها الحاكم إن قال: لا أطأ بلا تلوم، وإلا تلوم له واختبروه مرة بعد مرة **(إلا على)** المولى **(ذي العذر في التخلف)** عن الفيئة كالمريض والمسجون، فلا يطلق عليه بنفس انقضاء الأجل، بل يمهل حتى يمكنه ذلك والفيئة تغييب الحشفة في القبل وافتضاض البكر. **(وعادم الوطء للنساء)** أي

ناقص **(له)** خبر مقدم، واللام بمعنى «على» **(كالشيخ)** خبر لمبتدأ محذوف والجملة معترضة بين ليس واسمها **(من إيلاء)** اسم ليس جر بمن الزائدة، والتقدير: وعادم لوطء النساء ليس عليه إيلاء وذلك كالشيخ الفاني والمجبوب والعنين والمعترض والخصي أو كانت الزوجة لا تطيق الوطء لصغرها، وهذا كله مما يدخل تحت الكاف، ومفهوم من قول (خ) يتصور وقاعه، وكذا إن كانت الزوجة مرضعاً، وزعم أن إيلائه كان لإصلاح الولد. وقال أصبغ: ينعقد إيلاؤه. اللخمي: وهو أقيس لأن لها حقاً في الوطء ولا حق للولد في تركه لقول النبي ﷺ: «إنه لا يضر». قاله في المتيطية وشمل قوله: وعادم الخ. ما إذا كان عادماً له وقت الإيلاء أو عند الأجل فيدخل في كلامه ما إذا آلى وهو صحيح ثم جب أو خصي أو اعترض في أثناء الأجل فإنه لا يطالب بالفيئة.

٤٨٩ـ وأَجَلُ الْمُولي شُهُورٌ أَرْبَعَهْ وَاشْتَرَكَ التَّارِكُ لِلْوَطْءِ مَعَهْ

(وأجل المولي) مبتدأ خبره **(شهور أربعه)** لقوله تعالى: ﴿للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر﴾ إلى قوله: ﴿سميع عليم﴾ [البقرة:٢٢٦] وهذا للحر، وأما العبد فسيأتي أنه يؤجل نصف ذلك فإذا انقضى الأجل أوقفه القاضي حينئذ ولا يزاد على الأجل فإن قال: أنا أفيء اختبره الحاكم المرة بعد المرة كما مر، ويكون ذلك قريباً بعضه من بعض وإن قال لا أفيء طلقت مكانها إن لم ترض بالمقام معه فإن رضيت بالمقام فلها القيام بعد وتطليق نفسها من غير استئناف أجل، وكذلك امرأة المعترض لها القيام بعد الرضا ولا يستأنف له أجل بخلاف المعسر بالنفقة إذا أسقطت حقها، ثم قامت فلا تطلق إلا بعد أجل ثان. **(واشترك التارك)** فعل وفاعل **(للوطء)** يتعلق بالتارك **(معه)** يتعلق باشترك وضميره للحالف على ترك الوطء.

٤٩٠ـ في ذاكَ حَيثُ التَّرْكُ قَصْداً لِلضَّرَرْ مِنْ بَعْدِ زَجْرِ حَاكِمٍ وما ازْدَجَرْ

(في ذاك) يتعلق باشترك أيضاً. والإشارة للتأجيل المذكور **(حيث)** ظرف مضمن معنى الشرط خافض لشرطه منصوب بجوابه المحذوف للدلالة عليه **(الترك)** مبتدأ خبره محذوف أي حيث الترك موجود حال كونه **(قصداً)** أي مقصوداً أي بلا عذر **(للضرر)** يتعلق بمقدر أي فيطلق عليه للضرر بالزوجة **(من بعد زجر حاكم)** يتعلق بذلك المقدر أيضاً **(وما ازدجر)** حال وما نافية.

٤٩١ـ بَعْدَ تَلَوُّمٍ وفِي الظِّهارِ لِمَنْ أَبَى التَّكْفِيرَ ذاكَ جَارِي

(بعد تلوم) يتعلق بالمقدر أيضاً، ويحتمل أنه معطوف على بعد الأول بحذف العاطف وهو

عادم القدرة عليه كالشيخ الفاني والخصي والمجبوب **(ليس له كالشيخ من إيلاء)** وقال أصبغ: يصح إيلاء الخصي والمجبوب. قال في التوضيح: لأن للزوجة منفعة فيما آلى عنه من المضاجعة والمباشرة، ولذلك تزوجته **(وأجل المولى)** الذي يضرب له ليفيء **(شهور أربعة)** كما في نص التنزيل، هذا للحر ويأتي إن للعبد نصفه **(واشترك التارك للوطء)** للزوجة **(معه)** أي مع الحلف على تركه المولى **(في ذاك)** أي في التأجيل أربعة أشهر **(حيث)** حصل **(الترك)** منه **(قصداً للضرر)** بها ويؤجله **(من بعد زجر حاكم)** له على ترك الوطء **(وما ازدجر)** أي والحالة أنه لم ينزجر فيؤجله **(بعد تلوم)**. وهذا الذي مشى عليه من أن التارك للوطء ضرراً يلحق بالمولى هو ما في ابن الحاجب، وهو قول المالك والمشهور

أظهر، والمعنى أن التارك للوطء بغير يمين يشترك مع المولى في التأجيل بأربعة أشهر حيث الترك موجود قصداً ويطلق عليه بعدها للضرر من بعد أن يزجره الحاكم ولم ينزجر ومن بعد تلوم، والبعدية ظرف متسع فتصدق بالزجر قبل التأجيل وبعده وبالتلوم قبله وبعده أيضاً، ويحتمل أن يكون قوله بعد تلوم منقطعاً عما قبله مقابلاً له على حذف القول أي: وقيل يطلق عليه بعد تلوم بالاجتهاد بلا تحديد أجل فيستفاد من كلامه قولان. أحدهما: أن التارك للوطء بلا يمين ولا عذر يلحقه بالمولى في أجله المذكور. والثاني: أنه لا يلحق به بل يتلوم له الحاكم بقدر أجل الإيلاء أو أقل أو أكثر، والقول الأول هو قول مالك ودرج عليه ابن الحاجب، والثاني هو مذهبه في المدونة وهو المشهور وعليه درج (خ) بقوله: واجتهد وطلق في لأعزلن أو لا أبيتن أو ترك الوطء ضرراً وإن غائباً الخ. وقال ابن سلمون: فإن ترك الوطء مضاراً من غير حلف أمر بوطئها مرة بعد مرة فإن تمادى على ذلك فرق بينهما بعد التلوم، وقيل بعد أجل الإيلاء اهـ. فاعتمد الناظم القول الأول في كلامه تبعاً لابن الحاجب، وقوله: قصداً أي بلا عذر كما مر، ولا يحترز به عما إذا لم يقصد بالترك الضرر كما هو المتبادر منه لأنه يطلق عليه بالترك سواء قصد به الضرر بها أم لا كما في المدونة وغيرها. ولذا جعلنا قوله للضرر يتعلق بمقدر لا بقوله قصداً، وأيضاً فإن ترك الوطء مع القدرة عليه تتضرر به الزوجة قصد به ضررها أم لا. وهي مصدقة في تضررها بترك وطئه كان حاضراً أو غائباً بلغته الكتابة أم لم تبلغه على ما يأتي كما تصدق أنها خشيت الزنا بترك وطئه إذ كل ذلك لا يعلم إلا منها، وقد علمت أن هذا الحكم جار في الحاضر والغائب.

وحاصله؛ أن امرأة الغائب المعلوم الموضع إذا دامت نفقتها من مال الغائب أو من متطوع عليه وقامت بحقها في الوطء فقط لا تجاب لدعواها إلا إن طالت غيبته كسنة على ظاهر المدونة أو أكثر من ثلاث سنين على ما للغرياني وابن عرفة، وحينئذ يكتب له الحاكم إن كان ممن تبلغه الكتابة إما أقدم أو رحل زوجتك إليك أو طلق كما كتب عمر بن عبد العزيز بذلك إلى قوم غابوا بخراسان فإن لم يفعل طلق عليه بعد التلوم له بالاجتهاد، ولا يطلق على غائب قبل الكتب إليه إلا إذا كان بحيث لا تبلغه الكتابة لانقطاع الطرق أو كانت تبلغه، ولكن لا يتمكن من معرفة الخط ولا نقل الشهادة، ففي الذخيرة إذا لم تتأت معرفة الخط فلها التطليق وقريب منه في الإيلاء من التوضيح أي: وهو محمول على أنه ترك القدوم لزوجته اختياراً كما للقرافي عن اللخمي، فجواب المازري المنقول في الكراس الثاني من أنكحة المعيار وقبل النفقات من البرزلي برد الحكم بطلاق زوجة الغائب الذي لم يبحث الحاكم عما يكون قد عرض له من مرض أو اعتقال ونحوهما مقابل لحمله على الاختيار المذكور.

خلافه، وأنه يطلق عليه بالاجتهاد (خ): واجتهد وطلق في لأعزلن أو لا أبيتن وترك الوطء ضرراً، وإن غائباً أو سرمد العبادة بلا أجل على الأصح اهـ. وفي المدونة قال مالك: ومن ترك وطء زوجته من غير عذر ولا إيلاء لم يترك إما وطىء أو طلق يريد ويتلوم له بمقدار أجل الإيلاء وأكثر اهـ. بنقل المواق ومثله في التوضيح.

وحاصله؛ أن الحاكم حكم بطلاق امرأة وعلل حكمه بأمور منها أنه قد ثبت عنده أن الزوج الغائب بالأندلس غير ممنوع من دخول بلد الزوجة التي هي بقفصة وأن زوجته محتاجة إليه وأن عليها المضرة في بقائها بلا زوج وأنها راغبة في طلاق زوجها الرغبة الشديدة، كما علله أيضاً بأنه رأى أن الإعذار لمن بالأندلس يتعذر لبعد المكان وانقطاع الطرق وقلة من يعرف خطه وينقل عنه شهادته، فسئل المازري عن ذلك؟ فأجاب بنقض الحكم المذكور لعدم بحثه عما يكون قد عرض للزوج من الموانع، وبأن قول الشهود أنها محتاجة إليه وعليها ضرر في بقائها الخ. هو كناية على الحاجة إلى الوطء، ولكن من شرط التتميم للشهادة أن يقولوا شكت إلينا الضرر بذلك فعلمنا قصدها، وأما قولهم عليها مضرة وهي لم تشكها فغير نافع وبأن الإنسان قد يرغب في الشيء ولا يطلبه حياء منه أو علو همته عنه فقصارى ما في الشهادة بهذا الفصل إثبات الرغبة دون طلب بإيقاع ما رغبت فيه، ولم يذكروا أنها وإن طلبت الفراق لأي علة طلبته والأحكام إنما تورد بالنصوص لا بالحدس والتخمين اهـ باختصار وفيه طول.

قلت: وسكت رحمه الله عما علل به ثانياً من أنه رأى أن الإعذار لمن بالأندلس يتعذر الخ. ولعله إنما سكت عنه لأن الحاكم لم يثبت عنده بطريق الشهادة التعذر المذكور من انقطاع الطريق وقلة من يعرف الخط الخ. وإنما رآه من قبل نفسه وهو لا يعتبر ولو ثبت ذلك لصح الحكم بالطلاق كما مرّ، ولأن ثبوت كونه غير ممنوع من دخول فقصه مناقض لما رآه من انقطاع الطريق كما هو واضح، وإنما اعتنيت بتخليصه لما فيه من الفائدة ولعدم فهم كثير من الناس كلامه، وما في (ز) عند قول (خ) المتقدم من التوفيق بين نقلي المعيار والبرزلي عن المازري غير سديد إذ كل منهما نقل كلامه باللفظ الذي نقله به الآخر كما أشرنا إليه والله أعلم. وهذا في المعلوم الموضع كما هو الموضوع، وأما مجهوله فهو المفقود وسيأتي حكمه في فصله إن شاء الله.

تنبيه: مقتضى ما مر من أنها لا تجاب لدعواها حتى تطول السنة أو أكثر من ثلاث سنين على ما مر أن الطول المذكور ليس من أمد التلوم بل يكتب إليه بعده ويتلوم له بالاجتهاد كما قررنا وهو ظاهر ما للبرزلي، وبه قرر المتن شراحه والذي لابن رشد عن ابن القاسم أنه يؤجل في مدة التلوم السنة والستين نقله أبو الحسن ونحوه في ضيح فانظر.

(وفي الظهار) يتعلق بالتكفير (**لمن**) يتعلق بجار آخر البيت (**أبى**) صلة والرابط ضمير الفاعل العائد على من (**التكفير**) مفعول به (**ذاك**) مبتدأ والإشارة للتأجيل بأربعة أشهر (**جار**) خبره، والتقدير ذاك التأجيل بأربعة أشهر جار فيمن أبى أي امتنع من التكفير في الظهار وهو قول الرجل لزوجته أو أمته أنت علي كظهر أمي أو إن لم أدخل الدار مثلاً فأنت علي كظهر أمي وامتنع من دخولها فإنه يضرب له أجل الإيلاء حيث رفعته زوجته (**خ**) الظهار تشبيه المسلم المكلف من تحل أو جزئها بظهر محرم أو جزئه الخ. وقال ابن عرفة: الظهار تشبيه الزوج زوجته

(وفي الظهار) وهو قول الرجل لزوجته أو أمته أنت علي كظهر أمي (**خ**) تشبيه المسلم المكلف من تحل أو جزئها بظهر محرم أو جزئه ظهار (**لمن أبى التكفير ذاك**) أي تأجيل أربعة أشهر بعد الزجر

أو ذي أمة حل وطؤه إياها بمحرم منه أو بظهر أجنبية في تمتعه بهما والجزء كالكل والمعلق كالحاصل الخ. فقوله في تمتعه الخ. هو وجه الشبه وباقيه واضح.

ولما وقع خلاف في مبدأ أجله هل هو من يوم الظهار أو من يوم الرفع أو من تبين الضرر أشار إلى المشهور من ذلك فقال:

٤٩٢ـ وَأَجَلُ المُظَاهِرِ المَأْثُورُ مِنْ يَوْمِ رَفْعِهِ هُوَ المَشْهُورُ

(**وأجل المظاهر**) مبتدأ ومضاف إليه (**المأثور**) بالرفع نعت لأجل (**من يوم رفعه**) خبر عن المبتدأ المذكور (**هو المشهور**) مبتدأ وخبر فيؤجل من يوم الرفع أربعة أشهر للحر وشهرين للعبد وقيل أجله من يوم اليمين كالحالف على ترك الوطء، وقيل من تبين الضرر (خ) وهل المظاهر إن قدر على التكفير وامتنع كالأول فالأجل من اليمين وعليه اختصرت أو كالثاني وهو الأرجح أو من تبين الضرر وعليه تؤولت أقوال.

٤٩٣ـ مِنْ بَعْدِ أَنْ يُؤْمَرَ بالتَّكْفِيرِ وَهْيَ عَلَى التَّرْتِيبِ لا التَّخْيِيرِ

(**من بعد**) يتعلق بالاستقرار المقدر في الخبر قبله (**أن يؤمر**) في تأويل مصدر مضاف إليه (**بالتكفير**) يتعلق بقوله يؤمر، والمعنى أن المظاهر المذكور إنما يؤجل من يوم الرفع بعد أن يؤمر بالتكفير فيمتنع (**وهي**) مبتدأ عائد على كفارة الظهار (**على الترتيب**) يتعلق بالاستقرار خبر (**لا**) عاطفة (**التخيير**) معطوف على الترتيب فكفارته عتق رقبة مؤمنة سليمة من قطع أصبع وعمى وشلل وبكم وجنون بلا شوب عوض الخ. فإن عجز عنها فصيام شهرين متتابعين فإن عجز عن الصيام فإطعام ستين مسكيناً فلا ينتقل لمرتبة الأبعد العجز عن التي قبلها لقوله تعالى: ﴿والذين يظاهرون من نسائهم﴾ إلى قوله: ﴿فإطعام ستين مسكيناً﴾ [المجادلة: ٤].

والتلوم (**جار**) واختلف في الأجل الذي يضرب له هل مبدؤه من يوم الظهار أو من يوم الرفع، وعليه اقتصر الناظم فقال: (**وأجل المظاهر المأثور**) نعت لأجل (**من يوم رفعه هو المشهور**) ورجحه ابن يونس فقال: وبعد ضرب الأجل أحسن ولم يقف على الترجيح المواق، ولا ابن غازي. وقيل: من تبين الضرر وإنما يؤجل. (**من بعد أن يؤمر بالتكفير**) ويمتنع (**وهي**) أي كفارة الظهار (**على الترتيب لا**) على (**التخيير**) لقوله تعالى: ﴿والذين يظاهرون من نسائهم﴾ [المجادلة: ٤] وكان عادم الوطء ليس له إيلاء كما مر.

كذاك أيضاً ما له ظهار من لا على الوطء له اقتدار

كالشيخ الفاني والمعترض والمجبوب، وهذا هو المنصوص وما صدر به ابن الحاجب من صحته من هؤلاء إنما هو تخريج للخمي ابن عرفة، وفي انعقاده من متعذر الوطء كالمجبوب والمعترض والشيخ الفاني تخريج اللخمي، ونقله عن ابن زياد وسحنون قال ابن عرفة، وقال ابن الحاجب: يصح ظهار العاجز عن الوطء لمانع فيه أو فيها كالمجبوب والرتقاء. وقال سحنون: لا يصح. ابن عبد السلام: الأول قول العراقيين من أصحابنا.

قلت: هذا يقتضي أنه نص للعراقيين ولا أعرفه إلا إجراء كما تقدم اهـ.

٤٩٤ـ كَـذَاكَ أَيْـضـاً مَـا لَـهُ ظِـهَـارُ مَـنْ لأَعْـلَـى الْـوَطْءِ لَـهُ اقْـتِـدَارُ

(كذاك أيضاً ما له ظهار، من لأعلى الوطء له اقتدار) كالشيخ الفاني والمجبوب ونحوهما ممن تقدم أنه لا يصح إيلاؤه. فمن مبتدأ موصول ولا نافية عاملة عمل ليس واقتدار اسمها وله خبرها وعلى الوطء يتعلق بالاستقرار في خبرها، والجملة بتمامها صلة الموصول، وقوله: أيضاً مصدر آض إذا رجع وهو مع قوله كذاك منصوبان على الحال من ضمير الاستقرار في خبر ظهار وما نافية وظهار مبتدأ خبره في المجرور قبله، والتقدير: الزوج الذي لا اقتدار كائن له على الوطء فالظهار كائن عليه أيضاً كذاك والإشارة في قوله: كذاك راجعة للمولى الذي لا قدرة له، ويحتمل أن تكون من الموصولة بدلاً من الضمير المجرور باللام قبلها والتقدير ما ظهار كائن لمن لا اقتدار له على الوطء كذلك أيضاً، وهذا أقرب والله أعلم.

٤٩٥ـ وَإِنْ يَـكُـنْ مُـظَـاهِـرٌ أَوْ مُـولِـي عَـبْـداً يُـؤَجَّـلْ نِـصْـفَ ذَا الـتَّـأْجِـيـلِ

(وإن يكن) شرط **(مظاهر)** اسم يكن **(أو مولي)** معطوف عليه **(عبداً)** خبر يكن **(يؤجل)** بسكون اللام مبنياً للمفعول ونائبه ضمير العبد **(نصف)** منصوب بإسقاط الخافض أي بنصف **(ذا)** مضاف إليه **(التأجيل)** نعت لذا أو بدل، ونصفه هو شهران كما مر، وظاهره أن العبد يؤجل نصف التأجيل المذكور سواء كانت زوجته حرة أو أمة وهو كذلك كما أن الحر يؤجل أربعة أشهر ولو كانت زوجته أمة.

٤٩٦ـ ثُـمَّ الـطَّـلاقُ فِي انْـقِـضَـاءِ الأَجَـلِ بَـعْـدَ تَـقَـضِّـي الـمُـوجِـبَـاتِ الأُوَلِ

(ثم) للترتيب الإخباري **(الطلاق)** مبتدأ **(في انقضاء)** خبره وفي بمعنى عند **(الأجل)** مضاف إليه **(بعد)** يتعلق بالاستقرار في الخبر المذكور **(تقضي الموجبات)** مجروران بالإضافة إليهما **(الأول)** بضم الهمزة وفتح الواو المخففة نعت للموجبات أي ثم أخبرك إن الطلاق يوقعه الحاكم عند الأجل المذكور وهو شهران، لكن بعد وجوب الموجبات من ثبوت الزوجية والظهار والامتناع من التكفير والإيلاء والامتناع من الفيئة، وهذا في العبد وأما الحر فقد تقدم ذكره في قوله: ويقع الطلاق حيث لا يفي الخ؛ فلا تكرار.

ولما كان هذا الطلاق رجعياً لقولهم كل طلاق يوقعه الحاكم فهو بائن إلا طلاق المولى والمعسر بالنفقة نبه الناظم على ذلك فقال:

٤٩٧ـ وَيَـمْـلِـكُ الـرَّجْـعَـةَ فِـيـمَـا أَصْـدَرَا مَـنْ فَـاءَ فِـي الـعِـدَّةِ أَوْ مَـنْ كَـفَّـرَا

(ويملك الرجعة) مفعول به **(فيما)** يتعلق بالفعل أو بالمصدر وما واقعة على الطلاق **(أصدرا)** بالبناء للفاعل أو المفعول صلة وألفه للإطلاق والعائد محذوف في المبني للفاعل أي في الطلاق الذي أصدره الحاكم والنائب في المبني للمفعول ضمير يعود على ما هو الرابط **(من)**

(وإن يكن مظاهر أو مولى عبداً يؤجل نصف ذا التأجيل) وهو شهران **(ثم الطلاق في)** أي عند **(انقضاء الأجل)** للحر أو العبد وقصره (م): على العبد **(بعد تقضي الموجبات الأول)** من الزوجية والظهار والإيلاء والامتناع من التكفير وطلق عليه بعد البناء بحكم الإيلاء، فاللازم له طلقة رجعية لأن كل طلاق يوقعه الحاكم فهو بائن الإطلاق المولى والمعسر بالنفقة. **(ويملك الرجعة فيما أصدرا)**

واقعة على الزوج فاعل يملك (فاء) صلته (في العدة) يتعلق به (أو من) معطوف على من الأول (كفرا) صلته والعائد فاعله المستتر، والمعنى أن طلاق الحاكم الذي أوقعه على من لحقه الإيلاء رجعي فيملك الزوج رجعتها حيث فاء في العدة أي رجع عما كان عليه من الامتناع كانت يمينه على بر كحلفه لا أطؤها وطلقت بعد الأجل فارتجعها ووطئها في العدة إذ لا يحل له وطؤها إلا بعد الارتجاع لأنها مطلقة، وكذا إن لم يطأ ولكن كفر عن يمينه بعد الارتجاع أو قبله في العدة، وكذا لو ظاهر منها وطلقت بعد الأجل فارتجعها ووطئها في العدة أو كفر قبل الارتجاع أو بعده فيها أيضاً أو كانت يمينه على حنث كحلفه بطلاقها ليدخلن الدار ولحقه الإيلاء وطلقت عليه فدخل الدار وارتجعها في العدة أو ارتجعها، ثم دخل الدار فيها أيضاً وطلقت فقوله: كفر أي في العدة فهو محذوف من الأواخر لدلالة الأوائل، وقوله: فاء أي بالوطء أو بتعجيل الحنث كما في الأمثلة إلا أن الوطء لا يكون إلا بعد الرجعة لأنها مطلقة وهي لا يصح الاستمتاع بها إلا بعد الارتجاع، فإن كفر قبل الارتجاع أو بعده في العدة أو عجل الحنث وارتجع فيه أيضاً، لكن استمر على الامتناع من الوطء فيهما فيطلق عليه ثانياً لا للإيلاء لأنه قد انحل بل للضرر كما مر في قوله: واشترك التارك للوطء معه الخ، وفهم من قوله فاء في العدة الخ، أنه إذا ارتجع بدون فيئة بوطء ولا تكفير ولا تعجيل حنث في العدة لا تصح رجعته وهو كذلك (خ): وتتم رجعته إن انحل وإلا ألغيت ثم إن طلاق المولى إنما يكون رجعياً في المدخول بها لا في غيرها فهو بائن كما في ابن الحاجب وغيره.

فصل في اللعان

ومعناه لغة البعد لعنه الله أبعده، واصطلاحاً قال ابن عرفة: اللعان حلف الزوج على زنا زوجته أو نفيه حملها اللازم له وحلفها على تكذيبه إن أوجب نكولها حدها بحكم قاض، فاحترز بقوله اللازم له مما لو أتت به لأقل من ستة أشهر من يوم العقد أو كان خصياً فإنه ينتفي عنه بغير لعان، وقوله: إن أوجب نكولها حدها مما لو ثبت غصبها فلا لعان عليها واللعان عليه وحده، وبقوله بحكم قاض مما لو تلاعنا بدون حكم فليس بلعان شرعاً ولا ينبني عليه حكم، وكذا

هو أي الحاكم من الطلاق (من) هو الفاعل أي الزوج الذي (فاء في العدة) أي رجع عما كان عليه من الامتناع كحلفه بطلاقها ليدخلن الدار ولحقه الإيلاء وطلقت عليه فدخل الدار وارتجعها أو حلف لا يطئها وطلقت فارتجعها ووطئها إذ لا يحل له وطؤها إلا بعد ارتجاعها (أو من) أي أو مظاهر أو مول (كفرا) بإخراج كفارة الظهار أو كفارة اليمين بالله أو بعتق معين، فإن ارتجع قبل فعل شيء من ذلك تمت رجعته إن انحل عنه الإيلاء وإلا ألغيت.

فصـــل في اللعان

ابن عرفة: وحلف الزوج على زنا زوجته أو نفى حملها اللازم له وحلفها على تكذيبه أن ما وجب نكولها حدها بحكم قاض واحترز بقوله اللازم له مما لو أتت به لأقل من ستة أشهر من يوم العقد، فإنه منتف من غير لعان وبقوله: إن أوجب نكولها حدها مما لو ثبت غصبها ونفي الولد فيلاعن فيه ولا حد عليها إن نكلت وبقوله: بحكم قاض مما لو تلاعنا دون حكم فكالعدم ولا ينبني

يحترز به عما لو سكت عند الوضع، ثم أراد أن ينفيه ويلاعن فيه لأن القاضي لا يحكم باللعان في هذه الصورة لأن سكوته دليل على كذبه. وقوله حلف الزوج وحلفها الخ يصدق بما إذا حلف هو يميناً واحدة وحلفت هي كذلك، لكن قوله: بحكم قاض يخرج ذلك لأنه لا يحكم به إلا على الوجه المشروع. ابن عرفة: ولا نص في حكمه. ابن عات: لاعن ابن الهندي زوجته بحكم صاحب الشرطة وكانت ملاعنتهما في المسجد الجامع بقرطبة سنة ثمان وثمانين وثلثمائة فلما عوتب قال: أردت إحياء سنة دثرت قال: وكان ابن الهندي تلميذ الفقيه أبي إبراهيم إسحاق بن إبراهيم عنه أخذ ومعه تفقه، وكان مقدماً أيضاً عند القاضي محمد بن السليم بن عرفة. إن كان اللعان لنفي الحمل فهو واجب لئلا يلحق بنسبه ما ليس منه فتجري عليه جميع أحكام الأنساب وإلاَّ فالأولى تركه بترك سببه لأنه من الأمور التي نص الشارع بالستر عليها لقوله عليه السلام: «من أصاب شيئاً من هذه القاذورات فليسترها بستر الله» ويستحب له طلاقها إن لم تتبعها نفسه، فإن وقع سببه صدقاً وجب لوجوب دفع معرة الحد والقذف الخ. وفي المعيار عن سراج ابن العربي أن شهادة الرجل على زوجته برؤية الزنا مكروهة إذ لا تفيد أكثر من الفراق والفراق مع الستر أفضل، وأما شهادته على نفي الحمل فواجب لئلا يلحق بنسبه ما ليس منه. وقول ابن الهندي: إحياء سنة دثرت الخ. قال الشيخ (م) مراده إحياء أمر أذنت فيه السنة وأباحته لا أنه مطلوب الفعل فهو كقولهم طلاق السنة. وقال البرزلي: مراده صفة اللعان أي إحياء صفته، وقد أغنى الله تعالى عنه بما ذكر من صفته في القرآن. والستر أولى وإنما تستر بهذا الكلام حين عوتب قال: وقد وقع في زمن الأمير أبي يحيى رحمه الله تعالى، وتلاعنا بجامع الزيتونة، وقد وقع بعد ذلك مرة أخرى. ولا غرابة في وقوع سببه في هذا الزمان لكثرة المفاسد نعوذ بالله من الفتن ما ظهر منها وما بطن اهـ.

قلت: وقد وقع أيضاً مراراً بعد الأربعين والمائتين والألف بجامع القرويين من فاس صانها الله، وإذا علمت ما مر من وجوبه فما في لامية الزقاق ونظم العمل من أن العمل جرى بترك اللعان مطلقاً من فاسق وغيره لا يعول عليه لأنه خلاف الكتاب والسنة ولا أبعد من جريان العمل بمحرم الذي هو ترك الواجب، ولذا اعترض سيدي أحمد بن عبد العزيز الهلالي العمل المذكور.

٤٩٨ـ وَإِنَّمَا لِلزَّوْجِ أَنْ يَلْتَعِنَا ... بِنَفْيِ حَمْلٍ أَوْ بِرُؤْيَةِ الزِّنَا

(**وإنما**) للحصر (**للزوج**) خبر عن المصدر المؤول من قوله: (**أن يلتعنا بنفي حمل**) يتعلق بالاستقرار في الخبر (**أو برؤية**) معطوف على بنفي (**الزنا**) مضاف إليه والحصر منصب على

عليه شيء من الأحكام ولا نص في حكمه. ابن عات: لاعن ابن الهندي فعوتب فقال: أردت إحياء سنة أميتت. البرزلي: قد أغنى الله تعالى عنه بما ذكر في كتابه والستر أولى، وإنما تستر بهذا الكلام، وكانت ملاعنته بجامع قرطبة سنة ٣٣٨، وقيل سنة ٣٨٨. ابن عرفة: والحق أنه إن كان لنفي نسب وجب، وإلا فالأولى تركه بترك سببه فإن وقع صدقاً وجب لدفع معرة القذف. (**وإنما للزوج**) المسلم المكلف وإن فسد نكاحه أو فسقاً أو رقاً لا كفراً (**أن يلتعنا**) بأحد أمرين (**بنفي حمل**)

المجرورات مع الظرف الآتي أي: وإنما الالتعان كائن للزوج لا لغيره كسيد بنفي حمل مع ادعاء الاستبراء أو برؤية الزنا لا بغيرهما من مجرد قذف بغير رؤية، ولا نفي حمل أو بنفي حمل أمته لا مع ادعاء استبراء وعدم اللعان بمجرد القذف هو أحد المشهورين في قول (خ) وفي حده بمجرد القذف أو لعانه خلاف، فاقتصر الناظم على ذلك. وقوله للزوج حقيقة أو حكماً فيدخل لعان الواطىء بالشبهة فإنه يلاعن في نفي الحمل عنه، وإن لم يكن زوجاً لأنه لما كان الولد لاحقاً به إن لم يلاعن ودرىء عنه الحد كان في حكم الزوج وأطلق في الزوج فشمل الحر والعبد والفاسق دخل أم لا. كان نكاحه صحيحاً أو فاسداً ولو مجمعاً على فساده كخامسة ولا يشمل الكافر لأنا لا نتعرض لهم إلا أن يترافعوا إلينا فنحكم لهم بحكمنا. وقوله: بنفي حمل أي: والزوج ممن يمكن وطؤه لحضوره في البلد وعدم صغره وصحة العضو الذي يطأ به فلا لعان على صبي ولا مجبوب ولا على غائب ببلد لا يمكنه الوصول إليها لبعد المسافة، بل ينتفي في ذلك كله بغير لعان. وقوله: حمل أي وكذلك الولد فيشمل من قدم من غيبته بعد موت زوجته المدخول بها فنفى ما ولدته في غيبته، وظاهر قوله: أو برؤية الزنا أنه لا بد من ادعاء الرؤية حقيقة وهو كذلك فيمن تتأتى منه الرؤية (خ) تيقنه أعمى ورآه غيره اهـ. وظاهره أيضاً أنه لا يشترط وصف الرؤية بقوله كالمرود في المكحلة بخلاف الشهود وهو كذلك كما في ابن الحاجب والشامل وغيرهما، وفي المدونة لا يلاعن حتى يدعي رؤية الفرج في الفرج. قال الشيخ طفي: وشهره الأبي وظاهره أيضاً أنه لا يلاعن للرؤية ولو أقام أربعة شهود على زناها وهو كذلك لكن يلاعن وحده إن شاء لينتفي عنه ما تلده لستة أشهر فأكثر من يوم الرؤية، وإن نكل فلا حد عليه لأنه قذف غير عفيفة، وأما هي فلا تلتعن لأن حدها قد وجب بالبينة هكذا قيل، وتأمله مع ما يأتي في البيت بعده من أن اللعان بمجرد الرؤية لا ينتفي به الولد على المعتمد ثم لا بد من ثبوت الزوجية ولا يكفي إقرارهما به إن لم يكونا طارئين فإن كانا طارئين وجب اللعان بإقرارهما بها وقوله:

٤٩٩ـ مَعِ ادِّعَائِهِ لِلاسْتِبْرَاءِ وَحَيْضَةٌ بَيِّنَةُ الإِجْزَاءِ

(**مع ادعائه**) يتعلق بيلتعن أي: وإنما يلتعن في نفي الحمل مع الادعاء (**للاستبراء**) لا مع عدم ادعائه وقوله (**وحيضة**) مبتدأ (**بينة الأجزاء**) خبر ومضاف إليه، والاستبراء أعم من أن يكون بالوضع أو بالمدة أو بالحيض فإذا وضعت حملها ولم يطأها بعده حتى وضعت حملاً آخر وبين الوضعين ستة أشهر فأكثر فإن له أن يلاعن في هذا الثاني لأنه يمضي الستة أشهر لا يمكن أن يكون توأماً للأول، فيعتمد حينئذ في لعانه على الاستبراء بالوضع الأول، وكذا لو وطئها

ظهر بها أو ولد وادعى أنه ليس منه (**أو برؤية الزنا**) أي ادعى أنه رآها تزني كالمرود في المكحلة ولم يطأها بعد ذلك كما في المدونة، وقد مر أن الأولى في هذا الستر وأنه ليس له أن يضارها لتفتدي منه، ثم ظاهر الناظم أنه إنما يلاعن في الزنا إذا ادعى رؤيتها تزني وليس كذلك، بل يلاعن أيضاً فيه إذا رماها به وفيه نزلت الآية. (خ) : إن قذفها بزنا في نكاحه، ومثله في ابن شاس وابن الحاجب، والناظم تبع لفظ المدونة كما أشرنا إليه، ولو قال: أو برمي بالزنا لشمل ذلك، وإنما يسوغ له الالتعان بنفي حمل (**مع ادعائه للاستبراء**) إذا كان قد استبرأها ويدخل في الاستبراء ما إذا

وأمسك عنها فأتت بولد بعد هذا الوطء لأقل من ستة أشهر من يوم الوطء المذكور أو لأكثر من أقصى أمد الحمل كخمس سنين فإنه يعتمد على لعانه في تلك المدة القليلة أو الكثيرة لأن الولد في القليلة ليس هو للوطء المذكور على زعمه لنقصه عن الستة، ولا أنه توأم للأول لفصل الستة أشهر بينهما ولأنه في الكثيرة على زعمه زاد على أقصى أمد الحمل من يوم وطئه فيعتمد على المدة المذكورة وإن لم يكن هناك حيض ولا وضع، وأما إن استبرأها بحيضة ولم يطأها بعدها حتى أتت بولد لستة أشهر فأكثر من يوم الاستبراء فيعتمد على ذلك ولا إشكال فقوله: وحيضة الخ. أي لكن إن كان الاستبراء بالحيض لا بالوضع ولا بالمدة فحيضة واحدة كافية في الاعتماد عليها، فقد اشتمل كلامه رحمه الله تعالى على صور الاعتماد الثلاثة التي هي في كلام غيره، وسواء رآها تزني مع واحدة من تلك الصور أم لا. وما ذكره من الاعتماد على الحيضة الواحدة هو المشهور، وقيل لا يعتمد عليها لأن الحامل عندنا تحيض واستظهره في ضيح، ومفهوم قوله مع ادعائه الخ. أنه لا يعتمد في نفي الحمل على عزل ولا على مشابهة لغيره وإن بسواد ولا وطء بين الفخذين إن أنزل ولا وطء بغير إنزال إن أنزل قبله ولم يبل كما في (خ) وأنه أيضاً لا يعتمد في نفيه على الرؤية وحدها من غير استبرائها بشيء مما مرّ وهو كذلك على المشهور، لكن هذا يلاعن للرؤية قطعاً حيث قامت المرأة بحقها في القذف، وإذا لاعن للرؤية وادعى الوطء قبلها وعدم الاستبراء وأتت بولد لستة أشهر فأكثر من يوم الرؤية فهل ينتفي الولد بلعان الرؤية المذكورة وهو الذي في (خ) حيث قال: وإن انتفى به أي بلعان الرؤية ما ولد لستة أشهر الخ. أو لا ينتفي به بل هو لازم له وهو ما صدر به ثانياً حيث قال: وإن لاعن لرؤيته وادعى الوطء قبلها فلمالك في إلزامه به الخ. وهذا الثاني هو الذي يجب اعتماده لأنها أتت به لمدة يمكن أن يكون فيها للفراش أو للزنا وقد قال عليه الصلاة والسلام: «الولد للفراش وللعاهر الحجر». قال البرزلي: أجمع أهل العلم على القول به إذا أمكن أن يكون للفراش من مجيئه لستة أشهر فأكثر من يوم العقد، وإذا كان كذلك فكيف به من مجيئه لستة أشهر فأكثر من يوم الوطء كما في الفرض المذكور، ولا سيما والشارع متشوف للحوق الأنساب فلا ينتفي حينئذ عنه أصلاً، ولا يمكن من اللعان فيه لعدم تقدم ما يعتمد عليه من الأمور الثلاثة. وهذا هو ظاهر النظم لأنه كغيره جعل نفي الحمل باللعان إنما هو مع ادعاء الاستبراء بشيء مما مر، والاعتماد على الرؤية وحدها لا يكفي على المشهور، وتأمل كيف يرجح القول بنفي الولد بلعان الرؤية مع احتمال كونه للفراش، وقول الأب إنه من الزنا مجرد دعوى لا دليل عليها بشيء مما يعتمد عليه من الأمور الثلاثة، بل لو صدقته المرأة عليها لم يفده ذلك لحق الولد فذلك القول مقابل للمشهور ولقول الأكثر القائلين إنه لا ينتفي إلا بلعان ولو تصادقا على نفيه، واللعان في الفرض المذكور إنما هو لدفع حد القذف لا لنفي الولد إذ لا يمكن من اللعان فيه مع تقدم ما يعتمد عليه والله أعلم.
وقوله: وحيضة بينة الأجزاء الخ. هذا إحدى المستثنيات الثلاث من قولهم استبراء الحرة بثلاث حيض كعدتها إلا في اللعان كما هنا وفي الزنا فإنها لا ترجم حتى تستبرأ بحيضة واحدة، وفي الردة فإن المرتدة المتزوجة أو ذات السيد لا تقتل بعد الاستتابة حتى تستبرأ بحيضة واحدة أيضاً، وفي ذلك يقول الأجهوري رحمه الله:

والحرة استبراؤها كالعده لا في لعان وزنا ورده
فإنها في كل ذا تستبرا بحيضة فقط وقيت الضرا

٥٠٠ـ وَيُسْجَنُ القَاذِفُ حتى يَلْتَعِنْ وَإِنْ أَبى فَالحَدُّ حُكْمٌ يَقْتَرِنْ

(**ويسجن**) بالبناء للمفعول (**القاذف**) نائبه (**حتى**) حرف جر (**يلتعن**) منصوب بأن مضمرة بعدها يتعلق بيسجن (**وإن أبى**) شرط (**فالحد**) مبتدأ (**حكم**) خبره (**يقترن**) بالبناء للفاعل صفة لحكم أي فالحد حكم مقرون بإبايته والجملة جواب الشرط. قال في الطرر: يجب على الزوج إذا نفى ولده أو ادعى رؤية الزنا أن يسجن حتى يلاعن ومثله في ابن سلمون (خ) بلعان معجل الخ. وظاهره كالناظم ولو مريضين أو أحدهما ولا يؤخر إلى البرء بل يتلاعنان عاجلاً بخلاف الحائض والنفساء فيؤخران معه كما في الشامل، ومحل وجوب الالتعان إذا رفعته الزوجة ولم يطأ بعد الرؤية ولا سكت بعد علمه بالحمل كما يأتي.

٥٠١ـ وَمَا بِحَمْلٍ بِثُبُوتِهِ يَقَعْ وَقَدْ أَتَى عَنْ مَالِكٍ حتَّى تَضَعْ

(**وما**) موصولة واقعة على اللعان مبتدأ (**بحمل**) يتعلق بمحذوف خاص صلة (**بثبوته**) يتعلق بقوله (**يقع**) والجملة خبر المبتدأ والتقدير: واللعان الذي وجب بسبب نفي حمل يقع بعد ثبوته بشهادة امرأتين لا قبل ثبوته، وظاهره اتفاقاً ولا يؤخر اللعان للوضع على المشهور، وقيل يؤخر وهو معنى قوله: (**وقد أتى عن مالك**) وهو قول أبي حنيفة وابن الماجشون أنه لا لعان (**حتى تضع**) لاحتمال أن يكون ريحاً فينفش، ورد بحديث الصحيحين وغيرهما؛ أن رسول الله ﷺ لاعن بين العجلاني وزوجته وهي حامل، وظاهر النظم أنه إذا لاعن بعد ثبوته ثم أنفش لا حدّ عليه وهو كذلك قال في الشامل: لاحتمال إخفاء سقط، وظاهره أيضاً أنه لا فرق بين المدخول بها وغيرها وهو كذلك لأن غير المدخول بها إذا ظهر بها حمل وادعت أنه كان يصيبها بعد العقد،

وضعت ولم يطأها بعد ثم ظهر حمل مستأنف (**وحيضة**) واحدة (**بينة الإجزاء**) والكفاية في الاستبراء والزائد عليها في باب العدة تعبد، وهذه إحدى المستثنيات الثلاث من قولهم: استبراء الحرة كعدتها قال الأجهوري رحمه الله:

والحرة استبراؤها كالعده لا في لعان وزنا ورده
فإنه في كل ذا تستبرا بحيضة فقط وقيت الضرا

وإذا قلنا يعتمد على الاستبراء في نفي الحمل فأحرى إذا استبرأ ثم رآها تزني وفي كل خلاف، والمشهور ما اقتصر عليه الناظم (خ): ولا يعتمد في نفي الولد على عزل ولا مشابهة لغيره، وإن بسواد ولا وطء بين الفخذين إن أنزل ولا بوطء بغير إنزال إن أنزل قبله ولم يبل.

(**ويسجن القاذف**) لزوجته بالزنا أو بنفي حملها اللازم له إذا كذبته في ذلك (**حتى يلتعن**) فتلتعن هي ويفرق بينهما أو تنكل فيقام عليها الحد (**وإن أبى**) اللعان (**فالحد حكم يقترن**) بإبائه (**وما**) أي واللعان الذي يكون (بـ)ـسبب نفي (**حمل بثبوته**) أي الحمل (**يقع**) اللعان كما يقضي بالنفقة للمطلقة، إذا أظهر حملها هذا هو المشهور (**وقد أتى عن مالك**) وهو قول أبي حنيفة وابن الماجشون: لا لعان (**حتى تضع**) لاحتمال كونه ريحاً فينفش ورد بحديث الصحيحين وغيرهما أن العجلاني لاعن

وكان مما يمكنه ذلك كما مرّ وكذبها هو فلا ينتفي الحمل إلا بلعان ولا يؤخران للوضع ثم إن وضعته لستة أشهر فأكثر من يوم العقد فاللعان في محله ويترتب عليه آثاره ولها نصف الصداق، وإن وضعته لأقل من ستة أشهر فلا صداق لها ولا يتأبد تحريمها لأنه لاعن غير زوجة كما يأتي آخر الباب، وفي البرزلي: أن عياضاً سأل ابن رشد عن امرأة ادعت نكاح رجل وأثبتته وأثبتت ابتناءه بها وخلوته معها وحملها منه وحضر الرجل واعترف بجميع ذلك إلا الحمل فقال: ما وطئتها قط واعترف بالخلوة فاحتجت المرأة بأن في عقد المباراة إشهاده على نفسه بأنه بنى بها فقال: لم أعرف معنى البناء وظننته الزواج وتقيد ذلك عليه ووضعت المرأة حملها فهل يلحق بالزوج وهل يقبل قوله في جهل البناء والابتناء وهو من غير أهل الطلب وهل يلاعن بلا خلاف لإقراره بالبناء فهو كمن قذف ولم يدع استبراء؟ فأجابه: بأنه يلزمه الولد إلا أن ينفيه بلعان اهـ.

قلت: حاصله أن الرجل المذكور اعترف بالخلوة وأنكر الوطء وادعته هي وهي مصدقة فيه فلا ينتفي عنه إلا بلعان، إذ لو لم تكن هناك خلوة وادعت ذلك وكان مما يمكنه الوصول إليها لم ينتف عنه إلا بذلك كما مر، وأما اعترافه بالبناء فلا يستلزم الوطء إذ هو كالدخول عبارة عن كون المرأة في حجابه كما يدل عليه قول الناظم فيما مر: إلا اعتراضاً كان بعدما دخل. والوطء الخ. فلذلك لم يرتب حكماً على اعترافه به وإلاَّ لو كان البناء هو الوطء أو يستلزمه لم يكن من اللعان أصلاً وإن ادعى جهل معناه فلا يعذر به لتعلق حق الغير وإنما قلنا لا يمكن منه لعدم تقدم ما يعتمد عليه من الاستبراء والله أعلم.

٥٠٢ـ وَيَبْدَأُ الزَّوْجُ بِالالْتِعَانِ لِدَفْعِ حَدٍّ أَرْبَعَ الأَيْمَانِ

(ويبدأ الزوج) فعل وفاعل **(بالالتعان)** يتعلق به **(لدفع حد)** مجرور ومضاف إليه يتعلق بيبدأ **(أربع)** بالخفض على حذف الجار يتعلق بالالتعان ويجوز نصبه على أنه مفعول بالالتعان لأنه بمعنى الحلف كما مرّ **(الأيمان)** مضاف إليه.

٥٠٣ـ إِثْبَاتاً أَوْ نَفْياً عَلَى مَا وَجَبَا مُخَمِّساً بِلَعْنَةٍ إِنْ كَذَبَا

(إثباتاً أو نفياً) مصدر إن بمعنى الفاعل حالان من ضمير الزوج الذي عوضت أل منه في الالتعان أي: ويبدأ الزوج بحلفه أربع أيمان حالة كونه مثبتاً في الرؤية نافياً في الحمل، ويحتمل أنهما منصوبان على إسقاط الخافض أي على الإثبات والنفي. **(على ما)** موصول على حذف

وهي حامل وقال ﷺ: «ارقبوه فإن أتت به كذا وإن أتت به كذا» فجاءت به على الوجه المكروه.

ثم أشار إلى صفة اللعان فقال:

(ويبدأ الزوج بالالتعان) وجوباً عند أشهب وقيل ندباً فلو بدأت فقال ابن القاسم: لا يعاد، وقال أشهب: يعاد (خ): وفي إعادتها إن بدأت خلاف اهـ. وهذا ما لم تحلف بصيغة لقد كذب، وإلا أعادت بلا خلاف والتعانه **(لدفع حد)** عنه إن كانت الزوجة حرة مسلمة أو الأدب إن كانت أمة أو كتابية، ويترتب على لعانه أيضاً أمران آخران. قطع نسب الحمل أو الولد، وإيجاب الحد على المرأة إن لم تلاعن يحلف. **(أربع الأيمان)** المذكورة في قوله تعالى: ﴿فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله﴾ [النور: ٦] **(إثباتاً)** في الزنا فيقول: أشهد بالله لرأيتها تزني **(أو نفياً)** في الحمل فيقول: أشهد بالله ما

مضاف يتعلق بمحذوف حال (وجبا) صلة الموصول أي مثبتاً أو نافياً على حسب ما يجب عليه من ذلك، ومن الصيغة التي أشهد بالله أو والله ونحوهما. ويحتمل وهو الأقرب أن يكون قوله إثباتاً أو نفياً بياناً لما أي يبدأ الزوج لدفع حد بحلفه أربع أيمان حال كونها على حسب ما وجب عليه من الإثبات والنفي والصيغة والله أعلم. (مخمساً) حال من الضمير المذكور (بلعنة) يتعلق به (إن كذبا) شرط حذف جوابه للدلالة عليه، والمعنى أن صفة اللعان بين الزوجين أن يبدأ الزوج باللعان لدفع الحد عنه إن كانت الزوجة حرة مسلمة أو الأب إن كانت أمة أو كتابية فيحلف أربع أيمان على ما وجب عليه من الإثبات في الرؤية أو النفي في نفي الحمل فيقول: أشهد بالله لقد رأيتها تزني أربع مرات أو ما هذا الحمل مني كذلك، ويصل خامسة بلعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيهما، وظاهره أن الزوج يبدأ بالالتعان وجوباً وهو قول أشهب، وعليه إذا بدأت هي فتعيده. وقال ابن القاسم: يبدأ الزوج استحباباً فإن بدأت هي فلا تعيد (خ) وفي إعادتها إن بدأت هي خلاف، ومحله ما لم تحلف بصيغة لقد كذب وإلاَّ أعادت بلا خلاف وظاهره أيضاً أنه لا يتعين لفظ أشهد بل لو قال: بالله أو والله لرأيتها تزني أو ما هذا الحمل مني لكفاه وهو قول أصبغ، والمشهور تعيينه وأنه لا يجزي غيره كما يأتي عن (خ) وظاهره أيضاً أنه لا يشترط زيادة الذي لا إله إلا هو ولا عالم الغيب والشهادة وهو كذلك، وإنما يشترط كونه في أعظم الأماكن كالمساجد كما قدمه في باب اليمين حيث قال: وما كمثل الدم واللعان الخ.

٥٠٤ـ وَتَحْلِفُ الزَّوْجَةُ بَعْدُ أَرْبَعا   لِتَدْرَأَ الحَدَّ بِنَفْيِ ما ادَّعَى

(وتحلف الزوجة) فعل وفاعل (بعد) ظرف مقطوع مبني يتعلق بالفعل قبله (أربعاً) نائب عن مفعول مطلق أي حلفات أربعاً (لتدرأ) منصوب بأن مضمرة بعد اللام وفاعله ضمير الزوجة (الحد) مفعول به (بنفي) يتعلق بتدرأ والباء سببية، ويحتمل أنها بمعنى «على» تتعلق بحلف (ما) موصول مضاف إليه (ادعى) صلة ما والرابط محذوف أي تحلف أربعاً على نفي ما ادعاه من الرؤية أو نفي الحمل لتدرأ الحد عنها.

٥٠٥ـ تَخْمِيسُها بِغَضَبٍ إنْ صَدَقَا   ثُمَّ إذَا تَمَّ اللِّعَانُ افْتَرَقَا

(تخميسها) مبتدأ (بغضب) يتعلق به والخبر محذوف للعلم به أي واجب أو ثابت، ويحتمل أن يكون المجرور يتعلق بذلك الخبر والأول أقرب (إن صدقا) شرط حذف جوابه للدلالة عليه والجملة من المبتدأ والخبر في محل نصب على الحال ربطت بالضمير فقط، والمعنى أن الزوجة

هذا الحمل مني كما قاله ابن المواز، وهو الظاهر دون قول المدونة لزنت إذ لا يلزم من زناها كون الحمل ليس منه ولا بد من لفظ أشهد. (على ما وجبا) من الصيغة (مخمساً بلعنة إن كذبا) أي: فيقول في الخامسة لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين. (وتحلف الزوجة بعد) أي: بعد حلف الزوج وبعد أن تخوف وتذكر أن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة. (أربعا) تقول في كل واحدة: أشهد بالله ما رآني أزني أو ما زنيت وأن هذا الحمل منه، أو تقول لقد كذب فيهما (لتدرأ الحد) عنها (بنفي ما ادعى) الباء بمعنى على متعلقة بتحلف. (تخميسها بغضب إن صدقا) أي خامسة المرأة أن تقول غضب الله عليها إن كان من الصادقين (خ): ووجب اشهد، واللعن والغضب وخصت هي بالغضب

تحلف بعد لعان الزوج فتقول: أشهد بالله ما رآني أزني أو ما زنيت أربع مرات، وأن هذا الحمل منه كذلك أو تقول: لقد كذب فيهما أربع مرات أيضاً وتصل خامستها بغضب الله عليها إن كان من الصادقين أو إن صدق فتبين أنه لا بد من لفظ أشهد في حق الزوج والزوجة خلافاً لظاهر النظم، ومن لفظ اللعان في حق الزوج والغضب في حق الزوجة (خ) ووجب أشهد واللعن والغضب وبأشرف البلد وبحضور جماعة أقلها أربعة وندب إثر صلاة وتخويفها وخصوصاً عند الخامسة والقول بأنها موجبة العذاب الخ. **(ثم)** عاطفة **(إذا)** ظرف مضمن معنى الشرط خافض لشرطه منصوب بجوابه **(تم اللعان)** فعل وفاعل في محل جر بإضافة إذا **(افترقا)** فعل وفاعل جواب إذا وألفه للتثنية أي: إذا تم التعانهما على الصفة المتقدمة وقعت الفرقة بينهما بلا طلاق كان قبل البناء أو بعده ولها نصف الصداق إن كان قبل البناء كما مر، وظاهره أنه بمجرد تمام الالتعان تقع الفرقة من غير حكم وهو كذلك على المشهور.

٥٠٦ـ وَيَسْقُطُ الحَدُّ وَيَنْتَفِي الوَلَدْ ... ويَحْرُمُ العَوْدُ إلَى طُولِ الأَمَدْ

(ويسقط الحد) فعل وفاعل **(وينتفي الولد ويحرم العود)** جملتان معطوفتان على الأولى **(إلى طول الأمد)** يتعلق بيحرم أي بتمام اللعان يقع الفراق ويسقط حد الزنا عنهما وينقطع نسب الولد من الزوج ويحرم عليهما العود للنكاح أبداً، لكن ظاهره أن نفي الولد يتوقف على لعان الزوجة وليس كذلك، بل بمجرد لعان الزوج ينقطع نسبه منه وإن لم تلاعن هي بل نكلت وحينئذ فلعان الزوج تنبني عليه ثلاثة أحكام: درء الحد عنه كما مر في قوله: ويبدأ الزوج بالالتعان لدفع حد الخ. ونفي الولد عنه وإيجاب الحد على المرأة إن لم تلاعن. وهذه الثلاث مفهومة من قول الناظم: لتدرأ الحد الخ. وينبني على لعان الزوجة ثلاثة أيضاً وقوع الفسخ بلا طلاق، وسقوط الحد عن الزوجة وتأبيد الحرمة (خ) وبالتعانهما تأبيد حرمتها، وإن ملكت أو أنفش حملها أي لاحتمال أن تكون أسقطته فقوله: ويسقط الحد الخ. مستغنى عنه لأنه إن أراد سقوط الحد عنه فقد قدمه في قوله: لدفع حد وإن أراد سقوط الحد عنها فقد قدمه أيضاً في قوله لتدرأ الحد والله أعلم.

٥٠٧ـ والفَسْخُ مِنْ بَعْدِ اللِّعَانِ مَاضِي ... دُونَ طَلاَقٍ وبِحُكْمِ القَاضِي

(والفسخ) مبتدأ **(من بعد اللعان)** يتعلق بالخبر الذي هو قوله **(ماض دون طلاق)** يتعلق بمحذوف حال من الضمير في ماض. **(وبحكم)** معطوف على دون والباء بمعنى مع **(القاضي)**

لأنها أغضبت ربها وزوجها وأهلها وهو باللعن لأنه أبعد الولد وأمه. **(ثم إذا تم اللعان)** منهما **(افترقا)** ظاهره من غير حكم وهو المشهور **(ويسقط الحد)** عن المرأة **(وينتفي الولد ويحرم العود)** أي عودها له، ولو بعد زوج **(إلى طول الأمد)** وهذه ثلاثة أخر ترتبت على لعانها، فإن اعتبرت الفرقة وتأبيدها كانت رابعاً (خ) وبلعانها تأبيد حرمتها وإن ملكت أو أنفش حملها **(والفسخ من بعد اللعان ماض دون طلاق)** هذا قول مالك وابن القاسم قاله اللخمي. وفي المتيطية قال بعض الموثقين: ولا يتم الفراق على قول ابن القاسم إلا بحكم القاضي كما في العتبية أن النبي ﷺ قال للعجلاني وزوجته: «قوما فقد فرقت بينكما» وإليه أشار بقوله: **(وبحكم القاضي)** وفي الجلاب فرقة المتلاعنين فسخ بغير طلاق وهي واقعة بالتعان الزوجين ولا تفتقر إلى إيقاع الحاكم لها اهـ. منه وذهب جماعة

مضاف إليه، والمعنى أن فرقة المتلاعنين هي فسخ بلا طلاق كما مرّ، لكن مع حكم القاضي فلا تقع حتى يحكم بها وما ذكر من توقفها على حكم الحاكم وإن قاله ابن القاسم ضعيف، والمذهب ما تقدم من أن النكاح يفسخ بينهما بغير طلاق بمجرد تمام اللعان كما أفاده أولاً. فلو استغنى عن هذا بما مر لكفاه، ولعله أراد أن يشير إلى أن في المسألة قولين وأن القول بتوقفها على الحكم وإن لم يكن مشهوراً لا ينبغي إهمال ذكره كل الإهمال لكونه قوي الحجة لما ورد أن النبي ﷺ قال للمتلاعنين: «قوما فقد فرقت بينكما ووجبت النار لأحدكما» فلولا أن الفسخ يحتاج إلى حكم ما قال فقد فرقت بينكما، ويحتمل وهو الظاهر أن قوله: وبحكم القاضي راجع لأصل اللعان أي لا يوجب التأبيد والفسخ إلا إذا كان بحكم قاض كما مر في حد ابن عرفة.

٥٠٨ـ ومُكَذِبٌ لِنَفْسِهِ بَعْدُ التَحِقْ وَلَدُهُ وَحُدَّ والتَّحْرِيمُ حَقْ

(ومكذب) من أكذب الرباعي مبتدأ سوغه كونه صفة وتعلق **(لنفسه بعد)** به أي وملاعن مكذب لنفسه بعد التعانهما **(التحق ولده)** فعل وفاعل خبر المبتدأ والعائد محذوف أي به **(وحد)** بالبناء للمفعول ونائبه ضمير المكذب، والجملة معطوفة على الخبر والمعطوف على الخبر خبر **(والتحريم)** مبتدأ **(حق)** فعل ماض بمعنى وجب خبره والجملة معطوفة على التي قبلها أيضاً.

٥٠٩ـ ورَاجِعٌ قَبْلَ التَّمامِ مِنهُمَا يُحَدُّ والنِّكَاحُ لَنْ يَنْفَصِما

(وراجع) مبتدأ سوغه ما تقدم **(قبل التمام منهما)** يتعلقان به وجملة **(يحد)** بالبناء للمفعول خبر **(والنكاح)** مبتدأ **(لن ينفصما)** خبره وألفه للإطلاق، وأصل الفصم القطع بلا إبانة، وأما القصم بالقاف فهو القطع مع الإبانة وهو هنا كناية عن عدم فسخ النكاح. وحاصل البيتين أن الملاعن المكذب لنفسه بعد تمام اللعان بينهما يلحق به ولده الذي نفاه باللعان ويحد لاعترافه بقذفها ولها العفو عنه، وأما تأبيد التحريم الحاصل بينهما فواجب لا يرتفع بتكذيبه لنفسه، ومفهوم بعد أنه إذا كذب أحدهما نفسه قبل التمام وهو معنى قوله: وراجع الخ. فإنه يحد حد القذف إن رجع هو أو حد الزنا إن رجعت هي والنكاح لا ينفسخ فمن مات منهما ولو بالحد ورثه الآخر.

٥١٠ـ وسَاكِتٌ والحَمْلُ حَمْلٌ بَيِّنُ يُحَدُّ مُطْلَقاً وَلا يَلْتَعِنُ

من أصحابنا إلى أنه طلقة بائنة قاله في البيان، فإن كان قبل البناء ففي الجلاب أن الملاعنة قبل البناء لا صداق لها، وقول مالك في المدونة والموطأ: أن لها نصف الصداق وهو الصحيح، وإن بنينا على أنها فسخ لاتهامه على إسقاطه حقها خلافاً للخمي في بنائه على أن الفرقة فسخ أو لعان فلو زاد الناظم:

فإن تلاعنا ولم يبن لزم لتهمة نصف صداق قد علم

أي لا إن كان نكاح تفويض. **(ومكذب لنفسه بعد)** أي بعد التعانهما وتمامه منهما **(التحق)** به **(ولده)** الذي نفاه **(وحد)** لاعترافه بقذفها وإذا العفو **(والتحريم)** بينهما الحاصل باللعان **(حق)** أي وجب فلا يرتفع بتكذيبه نفسه **(وراجع قبل التمام)** أي قبل تمام اللعان **(منهما)** معاً **(يحد والنكاح لن ينفصما)** أي لا ينقطع وتجب الفرقة إلا بتمام لعانهما **(وساكت والحمل حمل بين)** ظاهر وسكت بعد

(وساكت) مبتدأ سوغه كونه صفة لمحذوف أي وزوج قاذف ساكت **(والحمل)** مبتدأ **(حمل)** خبره **(بين)** صفة له والجملة حالية والرابط الواو **(يحد)** بالبناء للمفعول نائبه ضمير الساكت والجملة خبر عن الساكت **(مطلقاً)** حال **(ولا يلتعن)** جملة معطوفة على جملة الخبر والمعطوف على الخبر خبر إذ يصح أن يقال: والساكت لا يلتعن الخ. والمعنى أن الحمل إذا كان بيناً ظاهراً بالزوجة وسكت عنه الزوج مدة بعد علمه به، ثم أراد أن ينفيه بلعان فإنه لا يمكن من اللعان ويحد مطلقاً طال سكوته كالشهر أم لم يطل كاليوم واليومين كما في المدونة ما لم يسكت لعذر، وهذا إذا ثبت سكوته بعد العلم به بإقرار أو بينة على أن علمه به لا يعلم إلا من قوله: وساكت الخ. وأحرى الوطء لأنه إذا كان مجرد السكوت بعد العلم بالحمل يمنع من اللعان فأحرى الوطء، وإن لم يصحبه سكوت. وقوله: حمل بين وأحرى الساكت بعد الوضع.

٥١١ـ وَمِثْلُهُ الواطِىءُ بَعْدَ الرُّؤْيَهْ وَيُلْحَقُ الوَلَدُ حَدَّ الفِرْيَهْ

(ومثله) خبر عن قوله **(الواطىء بعد الرؤيه)** يتعلق بالواطىء **(ويلحق)** بالبناء للمفعول **(الولد)** نائبه **(حد)** مفعول مطلق بيحد في البيت قبله **(الفريه)** مضاف إليه أي يحد حد القذف، والحد في الواطىء بعد الرؤية مفهوم من قوله ومثله الخ. وقوله: الولد راجع لهما أي الساكت مع علمه بالحمل يحد حد الفرية أي الكذبة مطلقاً ومثله في وجوب الحد وعدم التمكين من اللعان الواطىء بعد رؤية الزنا ويلحق الولد بالزوج فيهما. والحاصل أن الحمل يمنع من اللعان فيه أحد أمرين: السكوت أو الوطء، وأما الرؤية فلا يمنع من اللعان فيها إلا الوطء وإلى المسألتين أشار (خ) بقوله: وإن وطىء أو أقر بعد علمه بوضع أو حمل بلا عذر امتنع الخ.

٥١٢ـ وَإنْ تَضَعْ بَعْدَ اللِّعانِ لأَقَلْ مِنْ سِتَّةِ الأَشْهُرِ فالمَهْرُ بَطَلْ

(وأن تضع) شرط **(بعد اللعان لأقل)** يتعلقان به **(من ستة الأشهر)** يتعلق بأقل **(فالمهر)** مبتدأ خبره **(بطل)** والجملة جواب الشرط.

٥١٣ـ ولَيْسَ لِلتَّحْرِيمِ مِنْ تَأْبِيدِ إذِ النِّكاحُ كانَ كالمَفْقُودِ

(وليس) فعل ناقص **(للتحريم)** خبرها مقدم **(من تأبيد)** اسمها جر بمن الزائدة والجملة

أن رآه **(يحد مطلقاً)** طال زمن سكوته كالشهر أو قصر كاليوم واليومين قاله في المدونة إلا أن يكون سكوته لعذر **(ولا يلتعن)** أي ولا يمكن من اللعان **(ومثله)** أي مثل الساكت المذكور في حده ولحوق الولد به ومنعه من اللعان **(الواطىء بعد الرؤية)** للزنا **(ويلحق الولد)** به ويحد **(حد الفرية)** الكذبة أي حد القذف لقوله: إن الحمل ليس منه، فإن قذفها برؤية الزنا لم يمنعه من اللعان وطؤها. ابن الحاجب: شرط اللعان في الولد أن لا يطأها بعد الرؤية أو العلم بالوضع، أو الحمل وأن لا يؤخر بعد العلم بالوضع أو الحمل. **(وأن تضع بعد اللعان)** من عقد عليها فظهر بها حمل قبل البناء وادعت أنه منه، وأنكر ولاعن ثم وضعته. **(لأقل من ستة الأشهر فالمهر بطل)** أي لا شيء عليه منه، وإن كان قد دفع نصفه استرد لتبين أنها كانت في العدة أو الاستبراء حين العقد **(وليس للتحريم)** الحاصل باللعان **(من تأبيد)** ولا أثر **(إذ النكاح كان كالمفقود)** للاتفاق على فساده فهو مفسوخ شرعاً معدوم حكماً لا يترتب عليه طلاق ولا يصح فيه لعان.

معطوفة على جملة الجواب والمعطوف على الجواب جواب (إذ) تعليلية يتنازعه قوله: بطل والاستقرار في خبر ليس (النكاح) مبتدأ (كان) فعل ناقص واسمها ضمير النكاح (كالمفقود) خبرها. والكاف بمعنى مثل، والمعنى أن من عقد على امرأة وقبل الدخول بها أو بعده ظهر بها حمل وزعمت أنه منه فأنكره وتلاعنا فيه بعد ثبوته كما تقدم في قوله: وما بحمل بثبوته يقع الخ. ثم بعد اللعان وضعته كاملاً لأقل من ستة أشهر من يوم العقد قلة بينة كستة أشهر إلا ستة أيام لا خمسة فإنها من حيز الستة فإنها لا مهر لها وإن كان دفع لها نصفه استرده، وأما المدخول بها فلها المسمى إن لم تكن عالمة بالحمل ولا يتأبد عليه التحريم فيهما من حيث اللعان بل يتأبد عليه التحريم في الثانية من حيث الوطء في العدة حيث لم تكن عالمة كما هو الموضوع، وإلاَّ فلا يتأبد، وله العقد عليها بعد وضعها كما في المعيار فانظره. وعلة بطلان المهر في غير المدخول بها وعدم التأبيد فيهما أن النكاح بينهما كان مثل النكاح المفقود الذي لا ينبني عليه حكم لأنها بوضعها لأقل من ستة أشهر تبين فساد العقد لكونها في عدة استبراء فهي غير زوجة شرعاً فلا أثر للعانهما ولا صداق فيما فسخ قبل الدخول، وبهذا التقرير علم أن قوله: وإن تضع الخ. شامل للمدخول بها وغيرها. وقوله: فالمهر بطل خاص بغير المدخول بها إذ المدخول بها لا يتوهم فيها سقوط المهر ما لم تكن عالمة وحدها بحملها وقت العقد أو الدخول وإلاَّ فهي غارة لا شيء لها إلا ربع دينار وحينئذ فيكون قوله فالمهر بطل راجعاً لهما بقيد الغرور في المدخول بها. وقوله: وليس للتحريم الخ راجع لهما أيضاً والله أعلم. وما ذكره الناظم نقله ابن سلمون عن ابن الماجشون، ووجهه ظاهر كما تقدم في حد ابن عرفة أول الباب، لكن تعليل عدم التأبيد بكون النكاح كالمفقود غير بين لأن النكاح المجمع على فساده كالخامسة يتأبد فيه التحريم باللعان كما يدل عليه إطلاق (خ) في قوله: إنما يلاعن زوج وإن فسد نكاحه. وفي قوله: وبالتعانهما تأبيد حرمتهما، وقد حكى ابن سلمون قولين في تأبيد التحريم وعدمه فيما إذا تلاعنا في نفي الحمل بعد البينونة، وظاهر كلامهم أن التأبيد هو المعتمد وإن لم تكن له زوجة وقت اللعان فالأولى أو الواجب حينئذ تعليل عدم التأبيد بتحقق نفي سبب اللعان من كون الغيب كشف على أن الحمل ليس منه قطعاً، وأنه ينتفي بلا لعان كما أنه إذا لاعن في حمل وتحقق انفشاشه بعد فلا تأبيد أيضاً فيكون محل التأبيد في كلامهم ما لم يكشف الغيب بصدقها أو صدقه. نعم تعليل بطلان الصداق بكون النكاح كالمفقود ظاهر في غير المدخول بها، وأما المدخول بها فعلته الغرور كما مر، ويمكن تمشية الناظم عليه بأن يجعل قوله: إذ النكاح الخ. تعليلاً لبطلان الصداق فقط في غير المدخول بها فقط ويكون ساكتاً عن تعليل عدم التأبيد وعن تعليل بطلان الصداق في المدخول بها والله أعلم.

باب الطلاق والرجعة وما يتعلق بهما

والطلاق لغة حل الوثاق يقال: أطلق الفرس والأسير، وفي الشرع رفع القيد الثابت شرعاً بالنكاح فخرج بقوله: شرعاً القيد الحسي وهو حل الوثاق، وبقوله بالنكاح العتق فإنه رفع قيد ثابت شرعاً لكنه لم يثبت بالنكاح قاله القسطلاني. وقال ابن عرفة: الطلاق صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجته موجب تكررها مرتين للحر ومرة لذي الرق حرمتها عليه قبل زوج اهـ. فقوله: صفة جنس، وقوله حكمية أخرج به الصفات الحسية لأن الطلاق معنى تقديري اعتباري يقدره الشرح والعقل ويعتبره لا حسي كذا تلقينا من بعض الأشياخ، وخرج بقوله: ترفع حلية الخ، الطهارة والقضاء ونحوهما. وقوله حلية لا بد من ذكرها لأن المتعة لا ترفع، وإنما يرفع المتعلق بها وهو الحلية. وبقوله بزوجته حلية المتعة بغيرها كالأمة. وبقوله موجب تكررها الخ. رفع الحلية بها بالدخول في الإحرام بالحج أو العمرة أو بالدخول في الاعتكاف أو الصلاة ونحو ذلك. فقوله: موجب بالرفع صفة للصفة جرت على غير من هي له.

وفي بعض النسخ بالنصب على الحال من صفة أو من ضمير ترفع وأما الرجعة بكسر الراء في استعمال الفقهاء، وفي اللغة بالفتح والكسر فقال ابن عرفة: هي رفع الزوج أو الحاكم حرمة المتعة بالزوجة بطلاقها فتخرج المراجعة لأن الرجعة من الطلاق الرجعي، والمراجعة من البائن، ولذلك يعبرون فيها بالمفاعلة التي لا تكون إلا من اثنين في الغالب وأدخل بقوله: أو الحاكم صورة ما إذا طلق في الحيض وامتنع من الرجعة فإن الحاكم يرتجعها له جبراً عليه ويجوز له بها الوطء كما يأتي في قول الناظم: وموقع الطلاق دون طهر الخ. وخرج بقوله حرمة الخ. رفع الحلية فإنه نفس الطلاق كما مر. وبقوله: بطلاقها المتعلق بحرمة رفع حرمة الظهار بالتكفير، ثم إن الطلاق على قسمين: سني وبدعي، فالسني ما اجتمعت فيه شروط أربعة ومهما اختل واحد منها أو كلها فبدعي كما أشار لذلك الناظم بقوله:

٥١٤ـ مِنَ الطَّلاقُ الطَّلْقَةُ السُّنِّيَّهْ   إنْ حَصَلَتْ شُرُوطُهَا الـمَرْعِيَّهْ

(من الطلاق) خبر مقدم **(الطلقة)** مبتدأ **(السنية)** نعت له **(إن حصلت)** شرط حذف جوابه للدلالة عليه **(شروطها)** فاعل **(المرعية)** نعت.

٥١٥ـ وَهْيَ الوُقُوعُ حَالَ طُهْرٍ وَاحِدَهْ   مِنْ غَيْرِ مَسٍّ وَارْتِدَافِ زَائِدَهْ

باب الطلاق والرجعة وما يتعلق بهما

الطلاق لغة الإرسال وعرفاً قال ابن عرفة: صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجته موجب تكررها مرتين للحر، ومرة لذي الرق، حرمتها عليه قبل زوج، والطلاق على قسمين سني وبدعي، فالسني ما اجتمعت فيه شروط أربعة كما أشار له الناظم بقوله: **(من الطلاق الطلقة السنية)** أي التي أذنت فيها السنة والشرع لا أنها سنة لأن الأصل في الطلاق الجواز. وفي الحديث: «أبغض الحلال إلى الله الطلاق» وعن علي: تزوجوا ولا تطلقوا فإن الطلاق يهتز منه العرش. وتعرض له الحرمة والكراهة والوجوب، وإنما تكون الطلقة سنية. **(إن حصلت شروطها المرعية)** فيها **(وهي الوقوع**

(وهي) مبتدأ عائد على الشروط **(الوقوع)** خبر **(حال طهر)** ظرف يتعلق بالوقوع أي في وقت الطهر **(واحده)** بالنصب حال أو بالرفع عطف على الوقوع بحذف العاطف **(من غير مس)** يتعلق بمحذوف حال بعد حال أو معطوف بحذف العاطف **(وارتداف)** معطوف على مس **(زائده)** نعت لمحذوف أي: وارتداف طلقة زائدة، والمعنى أن الطلاق السني له شروط أولها أن يوقعه في وقت الطهر لا في وقت الحيض والنفاس، وأن يكون طلقة واحدة لا أكثر وأن لا يكون مسها أي وطئها في ذلك الطهر الذي طلقها فيه، وأن لا يردف في العدة طلقة زائدة على الطلقة الأولى، وزاد في التلقين شرطين آخرين: أن لا يكون في طهر تالٍ لحيض طلق فيه وأجبر على الرجعة، وأن تكون المرأة ممن تحيض لا يائسة أو صغيرة اهـ. ويغني عن الثاني قوله حال طهر لأن الطهر ما تقدمته حيضة وتأخرت عنه أخرى، وذلك مفقود في اليائسة والصغيرة، فلو أراد الناظم الإشارة إلى ذلك لقال:

ممن تحيض ليس في طهر تبع   طلاق مجبور على أن يرتجع

قاله (ت) وحينئذ فإن توفرت هذه الشروط الخمسة أو الستة كان الطلاق سنياً أو منسوباً لما أذنت فيه السنة وأباحته وليس المعنى أنه يكون مع الشروط سنة يثاب على فعله كما هو المتبادر، بل المعنى أن السنة والشرع أذنا في فعله وتركه فهو مباح الفعل لا راجحه، وفي الحديث: «أبغض الحلال إلى الله الطلاق». قال الخطابي تنصرف الكراهة هنا إلى السبب الجالب للطلاق وهو سوء العشرة وقلة الموافقة لأن الطلاق مباح قاله في المتيطية. وعن علي رضي الله عنه: تزوجوا ولا تطلقوا فإن الطلاق يهتز منه العرش. وعنه أيضاً أنه كان يضجر من كثرة تطليق ابنه الحسن فكان يقول في خطبته على المنبر: إن حسناً رجل مطلاق فلا تنكحوه حتى قام رجل من همدان فقال: والله يا أمير المؤمنين لننكحنه ما شاء فإن أحب أمسك وإن أحب ترك. فسر بذلك علي رضي الله عنه. فإن قيل: كيف يكون أبغض الحلال إلى الله الطلاق مع أن الله أباحه، وفعله عليه الصلاة والسلام فقد طلق حفصة بنت عمر رضي الله عنهما ثم ارتجعها بأمر من الله تعالى نزل جبريل عليه السلام عليه أن راجع حفصة فإنها صوامة قوامة وهي زوجتك في الجنة خرجه غير واحد كما في ابن حجر، وطلق العالية بنت ضبيان وهي التي كان يقال لها أم المساكين ونكحت في حياته قبل أن ينزل تحريم نسائه. وأجيب بجوابين. أحدهما: أن البغض مصروف للسبب الجالب للطلاق كما مرّ، وثانيهما لابن عرفة أن المعنى أقرب الحلال إلى الله بغض الله الطلاق فنقيضه أبعد عن بغض الله فيكون أحل من الطلاق أي: فيكون تركه عند الله أولى

حال طهر) لا في حيض طلقة **(واحدة)** لا أكثر **(من غير مس)** في ذلك الطهر الذي طلقها فيه **(و)** من غير **(ارتداف)** طلقة أخرى **(زائدة)** في العدة وإلاَّ بأن اختل شرط منها أو أكثر فهو بدعي كما يأتي، وزاد في التلقين شرطين آخرين: أن لا يكون في طهر تال لحيض طلق فيه وأجبر على الرجعة وأن تكون المرأة ممن تحيض لا آيسة أو صغيرة اهـ. ويغني عن الثاني قوله: حال طهرها لأن الطهر ما تقدمه حيضة وتأخرت عنه أخرى ولا يغني عن الأول خلافاً للزرقاني، فلو زاد الناظم:

ممن تحيض ليس في طهر نبع   طلاق مجبور على أن يرتجع

وأرجح، وقد يعرض وجوبه كما إذا فسد ما بينهما ولا يسلم دينه معها وحرمته إن خيف من ارتكابه وقوع كبيرة، وكراهته إن كان كل منهما قائماً بحق الآخر، واستحبابه إن كانت غير صينة ولم تتبعها نفسه، وأول من طلق إسماعيل عليه السلام.

ثم أشار الناظم إلى أن الطلاق السني ينقسم إلى قسمين فقال:

٥١٦ـ مِنْ ذَاكَ بَائِنٌ وَمِنْهُ رَجْعِي وَمَا عَدَا السُّنِّيَّ فَهُوَ بِدْعِي

(من ذاك بائن) مبتدأ وخبر ومثاله الطلقة الواحدة التي صادفت آخر الثلاث فهي من حيث وجود تلك الشروط سنية، ومن حيث إنها صادفت آخر الثلاث بائنة فقد نقل اللخمي عن أشهب جواز طلاق الواحدة المصادفة لآخر الثلاث فتكون سنية بائنة إذ لا تحل له بها إلا بعد زوج، وكذا الطلاق بعوض وهو طلاق الخلع مع الشروط المذكورة فهو سني بائن، وأما في الحيض فهو بدعي بائن ككونه بلفظ الخلع بغير عوض أو بلفظ التمليك كما يقتضيه كلام الناظم الآتي في قوله: منه مملك ومنه الخلعي الخ. وطلاق غير المدخول بها ولو في الحيض على مذهب ابن القاسم سني بائن. وقال أشهب: بل هو في الحيض بدعي بائن كما نقل الشارح.

قلت: وهو ظاهر النظم لأنه أطلق في تلك الشروط فلم يفرق فيها بين مدخول بها وغيرها. **(ومنه الرجعي)** كطلقة بعد البناء بالشروط المذكورة لم تصادف الثلاث **(وما)** موصولة واقعة على الطلاق **(عدا السني)** يتعلق بالاستقرار المقدر **(فهو بدعي)** مبتدأ وخبر، والجملة خبر الموصول ودخلت الفاء في خبره لشبهه بالشرط أي: والطلاق الذي استقر عدا الطلاق السني بدعي وهو الواقع في حيض مدخولاً بها أم لا، على قول أشهب أو في طهر مسها فيه أو أكثر من واحدة أو أردفه في العدة أو في طهر تال لحيض طلق فيه، وأجبر عن الرجعة والبدعي ممنوع في الحيض مكروه في غيره (خ): طلاق السنة واحدة بطهر لم يمس فيه بلا عدة وإلا فبدعي، وكره في غير الحيض إلى أن قال: ومنع فيه ووقع وأجبر على الرجعة الخ. وقال في التلقين: الطلاق على ضربين. طلاق سنة وطلاق بدعة. ويتفرعان إلى قسم ثالث وهو أن يعرى عن وصفه بواحد منهما، فالسني ما وقع على الوجه الذي أباح الشرع إيقاعه عليه، والبدعي نقيضه وهو الواقع على غير الوجه المشروع، والسنة والبدعة يرجعان إلى أمرين: إلى الوقت والعدد، ثم قال: وأما من تتساوى أوقاتها في جواز طلاقها فثلاث: الصغيرة واليائسة والحامل البين حملها، فطلاق هؤلاء لا يوصف بسنة ولا بدعة من حيث الوقت، ويوصف بذلك من حيث العدد اهـ بنقل بعضهم وينقسم البدعي الذي اختل فيه بعض الشروط إلى رجعي وبائن أيضاً كما قال:

لأفاد هذا الشرط الخامس انظر الزرقاني وطالع الأماني **(من ذاك)** أي الطلاق السني **(بائن)** كطلقة قبل الدخول أو بعوض أو صادفت آخر الثلاث، وأما الواحدة بلفظ الخلع أو التمليك فبدعي **(ومنه الرجعي)** كطلقة بعد البناء **(وما عدا السني)** وهو الواقع في حيض أو في طهر مس فيه أو أكثر من واحدة أو أردف في العدة **(فهو بدعي)** وينقسم البدعي إلى ممنوع وهو ما كان في الحيض، وإلى مكروه وهو ما عداه (خ): وإلا فبدعي وكره في غير الحيض ومنع فيه ووقع، وينقسم البدعي أيضاً

٥١٧ـ ومِنْهُ مُمَلِّكٌ وَمِنْهُ خُلْعِي وَذُو الثَّلاثِ مُطْلَقاً وَرَجْعِي

(ومنه مملك) كانت طالق طلقة مملكة أو تملكين بها نفسك وهو طلاق الخلع بغير عوض كما يأتي: (ومنه الخلعي) أي الطلاق بلفظ الخلع من غير عوض لأنه وإن كان متحداً مع المملك في المعنى، لكنهما اختلفا في اللفظ كما يأتي عن المتيطية، وأما بعوض فهو جائز كما مرّ (و) منه (ذو الثلاث) في كلمة واحدة (مطلقاً) كان قبل البناء أو بعده بلفظ الثلاث أو البتة ولا يدخل فيه الواحدة المصادفة لآخر الثلاث لأنه تقدم جوازها وأنها سنية حيث توفرت الشروط كما لا يدخل فيه الطلاق بعوض مع توفر الشروط أيضاً كما مر، وبهذا التقرير علم أن البدعي أعم من السني لا نقيضه لأن منه ما اختلت فيه بعض الشروط المتقدمة وما لم تختل فيه كالطلاق المملك أو بلفظ الخلع من غير عوض مع وجود الشروط فيهما، وقد نص على كون المملك والخلعي غير سنيين. ابن سلمون والمتيطي: نعم لو زادوا في شروط السني كونه غير مملك أو كونه بغير لفظ الخلع لانحصر البدعي في خلاف السني على ما يظهر، وقوله: وذو الثلاث مبتدأ والخبر محذوف كما قررنا ومطلقاً حال وهو محترز قوله في شروط السني واحدة. (ورجعي) خبر لمبتدأ محذوف أيضاً أي ومن البدعي رجعي كطلقة واحدة في حيض أو في طهر مس فيه أو في العدة.

تنبيه: قولهم: إن الطلاق بلفظ الخلع بائن ولو بلا عوض الخ. قيل: إنما كان بائناً لأن من لازم كونه خلعياً جريان أحكام الخلع فيه، ومن جملتها سقوط النفقة أيام العدة، فالعوض حينئذ موجود وهو سقوط النفقة، لكن ظاهر كلامهم أنه خلع ولو لم ترض بإسقاطها مع أنه حق لها يتوقف على رضاها وهو مشكل قاله ابن عاشر.

قلت: رأيت في اختصار مسائل القاضي عبد الوهاب لأبي الحسن بن القصار ما نصه: ويجوز الخلع عندنا بغير عوض، ويجب أن يكون بلفظ الخلع وطلب الزوجة ذلك وهو أن يقول: قد خالعتك. وقال أبو حنيفة والشافعي: لا يكون خلعاً إلا بعوض فإذا عري عن العوض فهو طلاق اهـ. فتأمل قوله: وطلب الزوجة ذلك الخ. فيه ينتفي الإشكال المذكور، وتأمل الطلاق المملك الذي نص عليه ابن سلمون والناظم فإنه مما نحن فيه ويجري ما ذكر فيه أيضاً فلا يكون إلا برضاها لأنه يريد أن يسقط حقها من النفقة فالمملك هو الخلع بلا عوض في المعنى، وإنما اختلفا في اللفظ. وتأمل هذا المملك فإنه الجاري عند الناس اليوم مع أن البينونة بغير عوض يجب أن تكون بلفظ الخلع، وأن تكون المرأة طالبة لذلك كما مر عن عبد الوهاب، فالمملك وارد على قولهم يجب أن تكون بلفظ الخلع إلا أن يقال به أو بما في معناه، وكذا لو طلقها بلفظ البينونة كما يأتي عن الشامل فقوله: طلقها طلقة واحدة بائنة فإنها بينونة بغير عوض أيضاً من غير

إلى رجعي وإلى بائن، وذكر له الناظم ثلاثة أفراد فقال: (منه) أي من البدعي البائن (مملك) كأنت طالق طلقة مملكة أو تملكين بها نفسك، وقال الشارح: الطلاق المملك هو طلاق الخلع من غير عوض فيه. (ومنه الخلعي) وهو الطلاق بعوض (و) منه (ذو الثلاث مطلقاً) سواء وقع في حيض أو طهر مس فيه أو لا قبل البناء أو بعده بلفظ الثلاث أو البتة.

(و) منه (رجعي) كطلقة في حيض أو طهر مس فيه (ويملك) الزوج (الرجعة في) الطلاق

لفظ الخلع. وبالجملة فهذه الألفاظ تبين بها الزوجة وإن لم يكن هناك عوض، والبينونة وإن كانت هي الثلاث عند الأقدمين كما في (خ) لكن عرف الناس اليوم أنها واحدة بائنة كما يأتي ويبقى النظر في النفقة، والظاهر أنه لا شيء لها وإن لم تكن طالبة كما يدل على ذلك إطلاقاتهم، ولو كانت لها لوجبت لها في الطلاق ثلاثاً ولم يقل بذلك أحد. وفي المعيار أن سكوت الأئمة عن الشيء يدل على أنه لا عبرة به، ويدل على أن المملك والخلعي بغير عوض شيء واحد في المعنى على ما يأتي نقله عند قوله: وفي الملك خلاف الخ. وعليه فالبينونة وجبت في لفظ الخلع بغير عوض من أجل أنه نوى به البينونة، وهكذا المملك لا من أجل كونها في مقابلة النفقة كما قيل والله أعلم.

٥١٨ـ وَيَمْلِكُ الرَّجْعَةَ فِي الرَّجْعِيِّ قَبْلَ انْقِضَاءِ الأَمَدِ الْمَرْعِيِّ

(ويملك) فاعله ضمير الزوج (الرجعة) مفعول به وتقدم تعريفها (في الرجعي) يتعلق بقوله يملك والرجعي. كما في المتيطية ما وقع بعد الدخول غير مقارن لفداء قاصراً عن الثلاث للحر واثنين للعبد فإن اختل أحد هذه الشروط الثلاث لم يكن رجعياً بل بائناً كما يأتي، وأطلق في الرجعي فشمل السني والبدعي فالكل يملك الرجعة فيه. (قبل انقضاء الأمد المرعي) في بينونتها وهو انقضاء العدة الآتي بيانها من الإقراء أو الشهور أو الوضع فالظرف يتعلق بقوله: يملك والمرعي صفة للأمد فإن زعمت انقضاء عدتها فلا يملك ارتجاعها إن مضى من العدة ما يشبه أن تنقضي فيه (خ) وصدقت في انقضاء عدة الإقراء والوضع بلا يمين ما أمكن الخ. ولا يجري ههنا ما به العمل من أنها لا تصدق في أقل من ثلاثة أشهر كما قد يتوهمه قصير الباع، إذ ليس ذلك في مثل هذا لأن الفروج يحتاط لها. والله أعلم فإن ماتت واختلف الزوج والورثة في انقضاء عدتها وعدمه فانظر حكم ذلك في التنبيه الرابع الآتي عند قول الناظم:

ومن مريض ومتى من المرض مات فللزوجة الإرث المفترض

٥١٩ـ وَلا افْتِقَارَ فِيهِ لِلصَّدَاقِ وَالإِذْنِ وَالْوَلِيِّ بِاتِّفَاقِ

(ولا) نافية للجنس (افتقار) اسمها (فيه) خبرها وضميره للارتجاع المفهوم من الرجعة (للصداق) يتعلق بافتقار (والإذن) معطوف على الصداق (والولي) كذلك (باتفاق) يتعلق بالاستقرار في الخبر، والمعنى أن الزوج إذا ارتجع زوجته من الطلاق الرجعي فإنه لا يفتقر لصداق ولا لإذنها ورضاها ولا لعقد الولي عليها، بل يرتجعها دون شيء من ذلك، ولكن يستحب الإشهاد ولو ارتجعها على صداق جهلاً لرجع عليها به كما في (خ) في فصل الرجعة، وفي المعيار أيضاً من طلق زوجته رجعياً ثم تزوجها بصداق في العدة أن تزوجه رجعة ولا صداق لها إلا الصداق

(الرجعي) وهو ما ليس ببائن، وتقدم بيانه بسنياً كان أو بدعياً فله أن يرتجعها (قبل انقضاء الأمد المرعي) في بينونتها وهو العدة الآتي بيانها من الإقراء والشهور أو الوضع.

(ولا افتقار فيه) أي الارتجاع (للصداق والإذن) من الزوجة (والولي) بل له أن يرتجعها دون شيء من ذلك (باتفاق) وإنما يستحب الإشهاد وتكون الرجعة بقول: كارتجعتها ورجعتها وأمسكتها أو بفعل كوطء أو لمس مع النية وقصد الارتجاع به.

الأول ويرجع عليها بالثاني اهـ. ثم الرجعة تصح بأحد أمرين بالقول كلفظ: راجعتك أو أمسكتك أو نحوهما ولو بدون نية على المشهور أو بالفعل كالوطء والقبلة والمباشرة ونحو ذلك بشرط قصد الارتجاع بذلك (خ) يرتجع من ينكح بقول مع نية كرجعت وأمسكت أو نية على الأظهر لا بقول محتمل بلا نية ولا بفعل دونها كوطء ولا صداق، وإن استمر وانقضت لحقها طلاقه على الأصح اهـ. فقوله: وإن استمر أي استمر على وطئها بدون قصد الارتجاع به حتى انقضت عدتها وطلقها طلاقاً آخر فإنه يلحقه طلاقها على الأصح مراعاة لقول ابن وهب والليث وأبي حنيفة بصحة رجعته بالوطء بدون نية لأن الحكم للظاهر فلا يصدق أنه لم يرد به الرجعة، وإذا قلنا يلحقه الطلاق واستمر على ذلك حتى كمل ثلاثاً فلا تحل له إلا بعد زوج فإن استمر على وطئها بعد الثلاث من غير عقد أو بعقد قبل زوج فيتعدد عليه الصداق بتعدد الوطء حيث لم تعلم هي بالحرمة أو علمت وأكرهها، وإلا فهي زانية كما يفيده قول (خ) في الطلاق كواطىء بعد حنثه ولم يعلم. وقوله في الصداق كالزنا بها أي بغير العالمة أو بالمكرهة، وأما حده ولحوق الولد به من الوطء للواقع بعد الثلاث فقد تقدم تفصيله في أول فصل فاسد النكاح.

تنبيهات. الأول: يتفرع على الصحيح من عدم اعتبار وطئه بدون نية أن له مراجعتها بالقول فيما بقي من العدة، لكن لا يطؤها إلا بعد الاستبراء من الماء الفاسد بثلاث حيض كما أنه لا يراجعها بعد العدة إلا بعقد أيضاً، وكذلك على مقابله من أنه لا يلحقها طلاقه لأنها بانت بانقضاء عدة الطلاق الأول، وهو قول ابن أبي زيد فلا يراجعها إلا بعد الاستبراء المذكور، فإن راجعها وبنى بها قبل الاستبراء على الأصح ومقابله ففي حرمتها عليه للأبد قولان. مشهورهما كما في القلشاني وغيره عدم التأبيد بناء على أن العلة اختلاط الأنساب وهي منتفية ههنا، لأن الماء ماؤه بخلاف المستبرأة من زنا وغيره، فالأرجح التأبيد قال في المعيار: ومحل الخلاف بين الأصح وابن أبي زيد إذا جاء مستفتياً فابن أبي زيد لا يلزمه إلا الطلاق الأول، وأبو عمران يلزمه ما بعده أيضاً ولو الثلاث قال: وإما إن قامت البينة بالثلاث فلا سبيل له إليها حتى تنكح زوجاً غيره في المال ومن حمل الخلاف بينهما على الإطلاق فقد أخطأ اهـ.

قلت: تأمل قوله: فقد أخطأ لأن البينة إنما يحتاج إليها عند الإنكار، وهو إذا أنكر الثلاث وأسرته البينة دل ذلك على كذبه حتى في قوله: وطئتها بدون نية الرجعة. هذا معناه فيما يظهر، وأما إن كان مقراً بما شهدت به البينة ولم يبق مسترسلاً عليها بعد الثلاث فلا يظهر فرق بين المستفتي وغيره في كون كل منهما من محل الخلاف، وفي بعض فتاوى ابن مرزوق ما نصه: ومسألة الشيخين في المسترسل قوي عندي إشكال تصورها لأنها من التداخل، فمتى تنقضي العدة وما رأيت من كشف عنها الغطاء، وإن زعمه ابن الحاج لكن لم يتبين لي وقال أيضاً في بعض فتاويه: وهذه المسألة يعني مسألة الاسترسال قد كثر السؤال عنها وفاعل ذلك يحتال على تحليل المطلقة ثلاثاً، والمؤكد به عليكم في مثل هذا أن تسدوا باباً يقع به إحداث بدعة. نسأل الله السلامة والعافية.

الثاني: من هذا المعنى من عادته كثرة الحلف بالطلاق ولما قامت المرأة بالطلاق قال: لم أقصد به طلاق الزوجة، وإنما ذلك لفظ أجراه الله على لساني من غير قصد للطلاق فلا ينوي في

عدم إرادته الطلاق المذكور لصراحة اللفظ إلا إذا دل بساط على عدم إرادته كأن تكون موثوقة وتقول له: أطلقني فيقول لها: أنت طالق وحيث لزمه الطلاق فيلزمه الثلاث للشك في عدده، فلا تحل له إلا بعد زوج فإن ذكر في العدة أنه إنما طلقها واحدة أو اثنتين صدق، وإن لم يذكر وتزوجها بعد زوج ثم طلقها واحدة لم تحل له أيضاً إلا بعد زوج، وهكذا. ولو بعد مائة زوج إلا أن يبت طلاقها. وهذه هي المسألة المسماة بالدولابية قاله الأبار في جواب له، وبهذا كله تعلم بطلان ما يقوله العامة وبعض الطلبة من أن من كثر منه الطلاق أو الحلف بالحرام أو جرى على لسانه لا يلزمه شيء إذ ذاك لا أصل له، ولم يقله أحد ممن يعتد به لأنه لا يصدق في الصريح ولا في الكناية الظاهرة كالحرام واليمين ونحوهما، بل صرح العقباني بأن من كان دأبه الأيمان اللازمة ويستخفها فيتحتم عليه الحكم بالمشهور فيها، ومن كان ذلك منه فلتة فحسن أن يترك لتقليد قول فيه رحمة اهـ. ونقل نحوه في المعيار، ونقله الرباطي في شرح العمل أول باب القضاء، وكذا صرح ابن عرضون بأن لزوم الواحدة البائنة للحالف بالحرام مشروط بأن لا يكون معتاداً للحلف به وإلا لزمه الثلاث نقله العلمي. وهكذا رأيت ذلك عن غير واحد وأنه يشدد على من اعتاد الحلف بالطلاق. وأما لزوم الصداق له فيجري على ما تقدم قبل التنبيه الأول والله أعلم.

الثالث: في البرزلي ما حاصله: حقيقة من وطىء في العدة ولم ينو بوطئه رجعة أنه لا يكون رجعة ويجب على المرأة شيئان عدة واستبراء، فالعدة من يوم الطلاق، والاستبراء من يوم الوطء الفاسد بثلاث حيض، فإن أراد الرجعة فله ذلك بالقول والإشهاد دون الوطء حتى ينقضي الاستبراء فإن فاتته الرجعة حتى كملت العدة وبقي الاستبراء فلا رجعة، فإن فعل فسخ ولا يتأبد التحريم لأنه ماؤه وتتداخل العدة مع الاستبراء فيما اتفقا عليه ولا يرتجع في مدة الاستبراء بعد مضي العدة لأنها أجنبية وبعد مدة الاستبراء كان له ولغيره تزويجها ثم قال: وإذا وطىء بعد الحنث ثم أعلم الزوجة فالعدة من يوم إعلامه كالغائب يطلق في غيبته ولا يعلمها بذلك حتى يقدم، فعلمتها من يوم إعلامه ولا يملك الرجعة فيها إلا من يوم أقر إنه أوقع الطلاق فإن انقضت العدة من ذلك اليوم فلا رجعة اهـ. فانظر هذا مع قول الإمام ابن مرزوق فيما مر عنه من قوة الإشكال، وذكر في المعيار عن ابن سهل في امرأة حنث زوجها فيها بالثلاث وبقي مسترسلاً حتى قضى القاضي عليه بالحنث أن العدة من يوم القضاء إن كان الزوجان حاضرين وإن كانا غائبين فالعدة من وقت أمرهما بالفراق، فإن كانت قد انقضت من يوم الحكم فلا بد من استئناف ثلاثة قروء للاستبراء اهـ باختصار فتأمل ذلك كله مع ما مر.

٥٢٠ـ وَمُوقِعُ الطَّلَاقِ دُونَ طُهْرِ ... يُمْنَعُ مَعْ رُجُوعِهِ بِالقَهْرِ

(وموقع) مبتدأ (الطلاق) مضاف إليه (دون طهر) يتعلق بموقع أو بمحذوف حال منه

(وموقع الطلاق دون طهر) أي في الحيض (يمنع) أي فعل ممنوعاً لأن الطلاق في الحيض حرام كما مر، ويجبر على الرجعة ما دامت العدة وهو المراد بقوله: (مع رجوعه بالقهر) فإن أبى هدد ثم سجن ثم ضرب بمجلس فإن لم يفعل ارتجعها الحاكم، والأحب أن يمسكها بعد هذا الارتجاع حتى

(يمنع) بالبناء للمفعول أي فعل ممنوعاً ونائبه ضمير الموقع والجملة خبر **(مع)** بسكون العين يتعلق بمحذوف جواب عن سؤال مقدر فكأن قائلاً قال له: وإذا كان المطلق في الحيض أو النفاس فعل ممنوعاً فما حكمه؟ فقال: الحكم وقوع طلاقه مع وجوب **(رجوعه)** أي ارتجاعه لها ما دامت في العدة ولو **(بالقهر)** بالتهديد والسجن والضرب بمجلس واحد فإن قهر بذلك ولم يفعل ارتجعها له الحاكم بأن يقول: ارتجعتها لك أو يحكم عليه بها أي يجبره بوجوب الرجعة على وجه الالتزام، وإن لم يقل ارتجعتها لك كما في طفي ويجوز الوطء بهذا الارتجاع وإن لم تقارنه نية لأن نية الحاكم قائمة مقام نيته ويتوارثان به إن مات أحدهما، وإذ ارتجعها بنفسه أو ارتجعها عليه فالأحب أن يمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم يطلقها إن شاء، فإن طلقها في الطهر الموالي للحيض الأول مضى مع كراهته ولا يجبر على الرجعة، ومحل قهره على الارتجاع إذا كان الطلاق رجعياً، وأما إن كان على عوض أو بلفظ الخلع أو التمليك أو بالثلاث فلا يؤمر بالارتجاع ولا محل لجبره.

٥٢١ـ وَفي المُمَلَّكِ خِلافُ وَالقَضا بِطَلْقَةٍ بائِنَةٍ في المُرْتَضَى

(وفي المملك الخلاف) مبتدأ وخبره **(والقضا)**ء مبتدأ **(بطلقة)** خبره **(بائنة)** صفة لطلقة **(في المرتضى)** يتعلق بالاستقرار في الخبر، وظاهره أن الخلاف جار ولو نوى به الثلاث. وفي الرسالة إذا قال: أنت طالق فهي واحدة إلا أن ينوي أكثر. القلشاني: من نوى الثلاث بقوله: أنت طالق فقد لزمته الثلاث وهو معنى قول الشيخ اهـ. ومثله يأتي عن المدونة فيمن نوى بقوله: لا رجعة إلى البتات فإنها تلزمه، وانظر ابن سلمون وفي المعونة: إذا قصد إيقاع الخلع من غير عوض كان خلعاً عند مالك لأنه طلاق قصد أن يكون خلعاً فكان على ما قصده كالذي معه العوض، وقال أشهب: يكون رجعياً اهـ.

قلت: لأنه أراد أن يخرج الرجعي عن حقيقته الشرعية بمجرد القصد فهو كاشتراط نفي الرجعة والتزام عدم الرجوع في الوصية فلا يسقط قصده رجعته عند أشهب، فالخلاف حينئذ مع

تطهر ثم تحيض ثم تطهر فإن طلقها في الطهر الأول مضى **(وفي)** الطلاق **(المملك)** وهو ما كان بلفظ الخلع من غير عوض أو واحدة تملك بها نفسها **(خلاف)** قيل: اللازم فيه الثلاث كواحدة بائنة وقيل: رجعي كطلقة ولا رجعة لي عليك. **(والقضا بطلقة بائنة في المرتضى)** وهو ثالث الأقوال. قال في المتيطية: يكره أن يطلق زوجته طلاق خلع أو مساراة من غير أخذ ولا إسقاط لأنه خلاف السنة فإن فعل فثلاثة أقوال. أحدها: أن تكون طلقة رجعية كمن قال: أنت طالق طلقة لا رجعة لي عليك. الثاني: أنها البتة كمن قال أنت طالق واحدة بائنة فإنها ثلاث. الثالث: أنها طلقة بائنة قاله مالك وابن القاسم، وبه القضاء اهـ. وقال في المعونة: إذا قصد إلى إيقاع الخلع من غير عوض كان خلعاً عند مالك لأنه طلاق قصد أن يكون خلعاً، فكان على ما قصده كالذي معه العوض وقال أشهب: يكون رجعياً اهـ. وفي ابن سلمون ما نصه: عقد طلق فلان زوجته بعد البناء طلقة واحدة ملكها بها أمر نفسها دونه، وهذا طلاق خلاف السنة ثالث الأقوال قول ابن القاسم: أنها طلقة واحدة بائنة وبه القضاء اهـ. وهو أمس بلفظ المملك والله أعلم.

قصد البينونة بذلك أو لا قصد أصلاً، والظاهر أن مراد الناظم بالمملك ما يشمل الألفاظ الآتية في النقل لا خصوص لفظ التمليك، بل ويشمل حتى من طلق وأعطى على مذهب المدونة أو خالع وأعطى إذ الكل فيه الأقوال الثلاثة الآتية كما في أبي الحسن. قال ابن سلمون: وأما الطلاق المملك على غير شيء بعد البناء فيكتب فيه عقد طلق فلان زوجه فلانة بعد البناء بها طلقة واحدة ملكها أمرها بها دونه وأشهد بذلك في كذا ثم قال: وهذا الطلاق مكروه لأنه على خلاف السنة. واختلف فيه على ثلاثة أقوال: فقيل طلقة رجعية كمن قال: أنت طالق واحدة لا رجعة لي عليك فيها وهو قول مطرف وأشهب، وقيل: إنها تكون البتة كن قال: أنت طالق واحدة بائنة فإنها الثلاث وهو قول ابن الماجشون وابن حبيب وقيل: إنها طلقة واحدة بائنة قاله ابن القاسم، وحكاه القاضي عن مالك وبه القضاء. وكان ابن عتاب رحمه الله يفتي بأن من بارى زوجته هذه المباراة ثم طلقها بعد ذلك في العدة أن الطلاق يرتدف عليه استحساناً ومراعاة لمن يراه طلقه رجعية اهـ. وقال المتيطي في نهايته وابن هارون في اختصاره، واللفظ للأول ما نصه: ويكره للرجل أن يطلق امرأته طلقة مباراة أو خلع أو صلح دون أخذ أو إسقاط لوقوعها خلاف السنة فإن فعل ففيها ثلاثة أقوال. فذكر الأقوال التي تقدمت عن ابن سلمون بعينها وكذا نقلها (خ) عند قول (خ) في الخلع: وبانت ولو بلا عوض نص عليه الخ. وكذا ذكرها القلشاني في شرح الرسالة في طلاق الخلع بغير عوض وذكر عقبها ما نصه: قال ابن عبد السلام: والأقرب المعقول الأول وإلزام البينونة فيه بعد لأنه لا موجب للبينونة إلا العوض أو الثلاث أو كونه قبل البناء والفرض انتفاء كل واحد من هذه الثلاث اهـ. وقد استفيد من هذا كله أنه إذا قال طلقتها طلاق صلح أو طلاق مباراة أو طلاق تمليك أو طلاق خلع تجري فيه الأقوال الثلاثة، وإن لم يكن عوض في الجميع لأن معناها واحد بل ذكر في نوازل الطلاق من المعيار عن ابن رشد وغيره أنه إذا قال: أنت طالق ونوى به التمليك فهو على ما نوى، وعليه فكل طلاق نوى به البينونة فهو على ما نواه كان بلفظ التمليك أو غيره وتجري فيه الأقوال. ولذا قال الشارح المملك هو طلاق الخلع بغيرعوض، وقال ناظم العمل: المطلق أيضاً وزاد وأنه لا يشترط كونه بلفظ الخلع يريد بل به وبما في معناه من التمليك أو البينونة. قال في الشامل: ولو قال أنت طالق طلقة بائنة فواحدة بائنة على الأصح وثالثها ثلاث اهـ. ولم يذكر ابن سلمون طلاق خلع بغير عوض أصلاً بل اقتصر على المملك لأنه عينه عنده، وتبعه الناظم وقد تقدمت الإشارة إلى هذا عند قوله ومنه الخلعي الخ. وبهذا تعلم ما في (ز) عند قول (خ) في الخلع لا أن اشترط نفي الرجعة بلا عوض من أن طلاق الخلع بغير عوض غير طلاق التمليك وأن طلاق التمليك فيه الرجعة على ما رجحه القرافي، وبه أفتى جد الأجهوري فلا يعول على شيء من ذلك لأن ما رجحه القرافي، وأفتى به الأجهوري هو القول الأول الذي استغفر به ابن عبد السلام أيضاً من تلك الأقوال الثلاثة الجارية في الخلع بغير عوض، كما للقلشاني، وفيه وفي الصلح والمباراة كما للمتيطي، وفي المملك كما لابن سلمون والناظم وفيمن طلق وأعطى أو خالع وأعطى كما في أبي الحسن لأن الطلاق فيهما بغير عوض والعطية المقارنة له من الزوج محض هبة، ولذا قلنا لا يبعد أن يكون الناظم أطلق المملك على ما فيه الخلاف المذكور مما مر، ومما يأتي من نحو لا رجعة لي عليك فما رجحه القرافي وتبعه الأجهوري مقابل لما به القضاء كما ترى.

تنبيهان. الأول: تشبيه الموثقين الطلاق المملك بالطلاق الذي لا رجعة فيه يقتضي أن الذي لا رجعة فيه متفق عليه إذ لا يحتج بمختلف فيه، وليس كذلك، بل الخلاف جار في الجميع، ففي كتاب التخيير والتمليك من أبي الحسن ما نصه اللخمي: اختلف فيمن قال أنت طالق طلاق الصلح أو طلقة بائنة أو طلقة لا رجعة فيها فقيل: هي ثلاث، وقيل: هي رجعية، وقيل: هي بائنة لأن الرجعة من حقه فإذا أسقط حقه فيها لزمه وهو أبين اهـ باختصار. وقال أبو الحسن في كتاب الخلع ما نصه من اختلاف الرواة هنا: يعني فيمن صالح وأعطى أو طلق وأعطى أخذ أبو محمد صالح أن ما يفعله أهل بلدنا في قولهم أنت طالق طلقة مملكة أنها تكون بائنة، وقد كان ابن العربي يقول: لا تكون بائنة. واحتجوا عليه بهذه الألفاظ صالح وأعطى خالع وأعطى وغير ذلك فقال: إنما أوجبت هذه الألفاظ البينونة لأجل اللفظ وقولهم: أنت طالق طلقة مملكة مثل قوله في كتاب التخيير أنت طالق طلقة ينوي لا رجعة لي عليك فإنه قال هناك له الرجعة اهـ. وعبارة المدونة في كتاب التخيير هي قولها ما نصه: وإن قال لها أنت طالق تطليقة ينوي لا رجعة عليك فله الرجعة، وقوله: لا رجعة لي عليك ونيته باطل إلا أن ينوي بقوله: لا رجعة لي عليك البتات اهـ. اللخمي: يريد هو باطل سواء قال ذلك قولاً أو نواه فقد تبين بهذا أن طلاق الصلح والخلع والتمليك والبينونة والذي لا رجعة فيه، ومن صالح وأعطى فيه الخلاف المذكور، والذي به القضاء ما درج عليه الناظم وهو ما اختاره اللخمي في لا رجعة لي عليك وإن كان مذهب المدونة في الطلقة البائنة الثلاث، ومذهبها في طلاق الخلعي ونحوه البينونة فقط. وفي لا رجعة لي عليك كونها رجعية وتبعها (خ) على ذلك كله فلا يشكل عليك، فإن الناظم حكى ما به العمل في ذلك وإن خالف المدونة و(خ) يتبع المدونة فقال: وبانت ولو بلا عوض وقال بعده: لا أن شرط نفي الرجعة فهي رجعة. وقال أيضاً: أو واحدة بائنة أي فهي ثلاث عنده. قال أبو الحسن: الفرق على مذهبها بين طلاق الخلع بغير عوض هي واحدة بائنة وبين قولها في الواحدة البائنة أنها الثلاث أنه في الأول شبهها بطلاق الخلع وفي الثانية قال بائنة فليست بخلعية ولا شبهها بطلاق الخلع.

الثاني: قال أبو الحسن عند قولها المتقدم عن كتاب التخيير ما نصه: قال ابن عبد الحكم: إذا قال لها أنت طالق ولا رجعة لي عليك فله الرجعة وإن قال لا رجعة لي عليك كانت البتة. قال ابن الكاتب: مسألة ابن عبد الحكم ليست كمسألة المدونة لأن مسألة المدونة قد بين أنه طلقها طلقة واحدة ومسألة ابن عبد الحكم لم يذكر طلقة، وإنما قال: لا رجعة لي عليك فهي البتات. اللخمي: ولو قال أنت طالق طلاقاً لا رجعة لي عليك فيه لكان ثلاثاً قولاً واحداً لأن طالق يعبر به عن الواحد والثلاث، فإذا قال طلاقاً لا رجعة فيه كان صفة للطلاق أنه ثلاث اهـ.

قلت: وهو ظاهر إذا نواه أو لم ينو شيئاً وانظر إذا نوى الواحد التي لا رجعة فيها أعني البائنة، والظاهر أن له نيته لأن اللفظ ليس صريحاً في الثلاث ولا كناية ظاهره فيه والله أعلم.

٥٢٢- وَبَائِنٌ كُلُّ طَلاقٍ وَقَعَا قَبْلَ البِنَاءِ كَيْفَمَا قَدْ وَقَعَا

(وبائن) خبر عن قوله **(كل طلاق)** وجملة قوله **(وقعا)** صفة لطلاق، والرابط بين الصفة والموصوف محذوف أي أوقعه وألفه للإطلاق وفاعله ضمير الزوج **(قبل البناء)** يتعلق بأوقعا **(كيفما)** مجردة عن معنى الاستفهام فهي للتعميم في الأحوال بمعنى مطلقاً حال من الضمير في بائن وما زائدة أي كل طلاق أوقعه الزوج قبل البناء فهو بائن في أي حال **(قد وقعا)** أي حال كونه مكيفاً بأي كيفية كانت بكونه في الحيض أو في غيره بعوض أو بغيره واحدة أو أكثر في كلمة أو في كلمات في مرض أو غيره ويجري في الإرث على حكم الطلاق في المرض الآتي في قوله: ومن مريض الخ. ويجب لها نصف الصداق إن كان نكاح تسمية ويبقى على أجله إن كان مؤجلاً وإن كان نكاح تفويض فلا شيء لها فإن طلق قبل البناء بعد أن اشترت الجهاز فلها نصف الجهاز فإن اشترت به ما لا يصلح للجهاز رجع عليها بنصف ما دفع، وإن أصدقها عقاراً أو عروضاً أو حيواناً فباعت ذلك أو وهبته أو أعتقت الرقيق أو تلف بيدها أو دخله نقص أو زيادة كان له نصف الثمن في الجميع إن لم تحاب فيه ونصف القيمة في الهبة والعتق يوم إحداثها لذلك كما في (خ).

٥٢٣- وَبِالثَّلاثِ لا تَحِلُّ إلاَّ مِنْ بَعْدِ زَوْجٍ لِلَّذِي تَخَلَّى

(وبالثلاث) يتعلق بمقدر صفة لفاعل قوله **(لا تحل)** وفاعله ضمير الزوجة **(إلا)** استثناء من عموم مقدر (من) زائدة والزائد لا يتعلق بشيء كما مرّ **(بعد)** معمول لتحل **(زوج)** على حذف مضاف ومتعلقه **(للذي)** يتعلق به أيضاً **(تخلى)** صلته والرابط ضميره المستتر العائد على الموصول، والتقدير الزوجة المطلقة بالثلاث يريد: وما في معناها من البتة ونحوها حيث كان عرف الناس فيها الثلاث على ما يأتي في قوله: ويلزم الطلاق بالصريح الخ. لا تحل للذي تخلى عنها إلا بعد وطء زوج بنكاح لازم أو إلا في زمان كائن بعد وطء زوج الخ. وقدرنا وطأ لقوله تعالى: ﴿حتى تنكح زوجاً غيره﴾ [البقرة:٢٣٠] فإنهم قالوا كل نكاح وقع في كتاب الله، فالمراد به العقد إلا في هذه الآية. فإن المراد به الوطء مع العقد الصحيح اللازم للحديث الصحيح في امرأة رفاعة القرظي التي قالت له عليه السلام: كنت عند رفاعة فبت طلاقي فتزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبير وإنما معه مثل هدبة الثوب، فتبسم رسول الله ﷺ وقال: «أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك». فهذا الحديث نص على أن المراد الوطء، ولا بد أن تكون هي مطيقة للوطء، وأن يكون الوطء لا نكرة فيه (خ) والمبتوتة حتى يولج مسلم بالغ قدر الحشفة بلا منع ولا نكرة فيه بانتشار في نكاح لازم وعلم خلوة وزوجة

(وبائن) أيضاً **(كل طلاق أوقعا قبل البناء كيفما قد وقعا)** سنياً أو بدعياً بعوض أو لا واحدة أو أكثر وكذا كل طلاق يوقعه الحاكم إلا لإيلاء أو عسر.

(و) المطلقة **(بالثلاث)** في مرة أو مرات **(لا تحل إلا من بعد زوج الذي تخلى)** عنها وطلقها فقوله: للذي متعلق بتحل وبالثلاث متعلق بمحذوف كما قدرنا، وإنما تحل بعد زوج بشروط وهي أن يكون الزوج بالغاً وهي مطيقة ويطؤها وطأ مباحاً بانتشار ومغيب حشفة في نكاح لازم وعلم خلوة وزوجة فقط ولو خصياً أو بغير إنزال خلافاً للحسن البصري. الباجي: يكفي مغيب الحشفة

فقط الخ. وخالف الحسن البصري فقال: لا يحلها مغيب الحشفة بل حتى يقع الإنزال لقوله في الحديث: «حتى تذوقي عسيلته». الخ. ورأى غيره أن المغيب هو العسيلة وخالف سعيد بن المسيب فقال: إن العقد عليها يحلها للأول وخطىء بمخالفته للحديث، وتؤول على أن الحديث لم يبلغه. وخالف ابن الماجشون فقال: تحل بالوطء الحرام كوطئها وهي حائض أو صائمة، ولا بد أن لا يقصد الزوج الثاني بنكاحه تحليلها. قال في الرسالة: ولا يجوز أن يتزوج رجل امرأة ليحلها لمن طلقها ثلاثاً ولا يحلها ذلك. وقال (خ) كمحلل وإن مع نية إمساكها مع الإعجاب، وظاهر النظم أنها لا تحل ولو ملكها بالشراء وهو كذلك قال في الرسالة: ومن طلق امرأته ثلاثاً لم تحل له بملك ولا نكاح حتى تنكح زوجاً غيره.

تنبيه: قال ابن رشد: جرت عادة قضاة العصر منع المبتوتة من رجعة مطلقها حتى يثبت دخول الثاني دخول اهتداء وأنه كان يبيت عندها ويتصرف عليها تصرف الأزواج على الزوجات وما علموا في نكاحها ريبة ولا دلسة اهـ. وقال احلولو العمل عند قضاة تونس اليوم تكليفه عند العقد بإثبات أنه لا يتهم بتحليل المبتوتة فحينئذ يحل له تزوجها، ثم إن طلقها لم تحل لزوجها إلا بعد ثبوت البناء بها وهو حسن سيما مع فساد الزمان اهـ. نقل ذلك كله ابن رحال في حاشيته هنا.

٥٢٤ـ وَهْوَ لِحُرٍّ مُنْتَهَى الطَّلاَقِ وَحُكْمُهَا يَنْفُذُ بِالإِطْلاَقِ

(**وهي**) مبتدأ عائد على الثلاث (**لحر**) يتعلق بالخبر الذي هو (**منتهى الطلاق**) أي غايته (**وحكمها**) مبتدأ (**ينفذ**) بضم الفاء والجملة خبر (**بالإطلاق**) يتعلق به.

٥٢٥ـ هَبْ أَنَّها بِكَلْمَةٍ قَدْ جُمِعَتْ أَوْ طَلْقَةٍ مِنْ بَعْدِ أُخْرَىٰ وَقَعَتْ

(**هب أنها**) أي الثلاث (**في كلمة**) يتعلق بقوله: (**قد جمعت**) والجملة خبر إن وهي وما دخلت عليه سدت مسد مفعولي هب (**أو طلقة**) حال من فاعل وقعت (**من بعد أخرى**) يتعلق بمقدر صفة لطلقة (**وقعت**) فاعله ضمير الثلاث. والجملة معطوفة على جملة جمعت والجملتان مفسرتان للإطلاق أي الثلاث هي غاية طلاق الحر، فالطلاق الزائد عليه غير لازم، وحكمها الذي هو عدم حليتها إلا بعد زوج نافذ مطلقاً سواء جمعت في كلمة واحدة كقوله: أنت طالق ثلاثاً أو وقعت هي أي الثلاث حال كونها طلقة كائنة بعد طلقة، وما ذكره من لزوم الثلاث ولو في كلمة هو الذي به القضاء والفتيا كما في المتيطية، بل حكى بعضهم عليه الاتفاق وبعضهم الإجماع. انظر المعيار فقد أجاد فيه، وانظر ابن سلمون والمتيطية وغيرهما وما ذكروا فيه من الخلاف داخل المذهب ضعيف جداً حتى قالوا: إن حكم الحاكم به ينقض ولا يكون رافعاً

في الفرج أو قدرها من مقطوعها وإن لم ينزل مع الانتشار. (**وهو**) أي الثلاث (**لحر منتهى الطلاق وحكمها**) أي الثلاث من كونها لا تحل إلا بعد زوج (**ينفذ**) ويمضي (**بالإطلاق هب أنها**) أي سواء كانت (**بكلمة قد جمعت**) فيها كقوله: هي طالق ثلاثاً أو البتة ولا عبرة بخلاف من خالف في ذلك (**أو طلقة من بعد أخرى وقعت**) ومفهوم الحر أن العبد منتهى طلاقه اثنتان فلا تحل له بعدهما حتى تنكح زوجاً غيره، وسواء كانت الزوجة حرة أو أمة فيهما.

للخلاف (خ) أو جعل بتة واحدة الخ. وذكر البرزلي في نوازل الإيمان عن ابن العربي والمازري أنهما قالا: لم ينقل القول الشاذ إلا ابن مغيث لا أغاثه الله قالها ثلاثاً اهـ. وهذا مبالغة في الإنكار بل قال بعضهم: ما ذبحت ديكاً قط ولو أدركت من يحلل المطلقة ثلاثاً في كلمة لذبحته بيدي، وظاهر قوله: طلقة بعد طلقة أخرى أنه لا فرق بين أن يكون ذلك نسقاً كأنت طالق أنت طالق أنت طالق أو مفرقاً في مجالس وهو كذلك في الثاني حيث كانت مدخولاً بها، وكان الطلاق الثاني قبل انقضاء عدة الأول، وأما الأول فتارة يكون بدون عطف كما مر في المثال، وتارة بالعطف بواو أو فاء أو ثم وعلى كل حال يلزمه الثلاث كما هو ظاهر النظم، سواء كانت مدخولاً بها أم لا. ولا ينوي في إرادته التأكيد فيهما مع العطف، وإنما ينوي في إرادته فيهما مع عدمه كما قاله (خ) وشراحه عند قوله: وإن كرر الطلاق بعطف واو الخ. وظاهر قوله في كلمة الخ. أوقعها في حال الغضب والمنازعة أم لا. ولا ينوي في ذلك ولو مستفتياً وهو كذلك. قال ابن العربي في أحكامه الصغرى عند قوله تعالى: ﴿والذين يظاهرون منكم من نسائهم﴾ [المجادلة:] الآية ولا يسقط الغضب ظهاراً ولا طلاقاً بل يلزمان الغضبان إذ في حديث خولة كان بيني وبين زوجي شيء، وهذا يدل على نزاع أخرجه فظاهر اهـ. وقال ابن عرفة عن ابن رشد: يمين الغضب لازمة اتفاقاً اهـ. وما وقع في شرح التلقين من أنه إذا طلقها في كلمة أو كلمات في حال الغضب أو اللجاج أو المنازعة لا يلزمه شيء ويدين إذا جاء مستفتياً لأن ذلك من باب الحرج والحرج مرفوع عن هذه الأمة ولقوله عليه الصلاة والسلام: «لا تعينوا الشيطان على أخيكم المسلم» ولقول علي بن أبي طالب: من فرق بين المرء وزوجته بطلاق الغضب أو اللجاج فرق الله بينه وبين أحبائه يوم القيامة قاله الرسول عليه السلام اهـ. كل ذلك لا يصح ولا يعول عليه، وقد أغلظ المسناوي رحمه الله على من نقل ذلك ولبس به على المسلمين. وقال: إن ذلك من الافتراء على الأئمة المعتبرين المعروفين بالتحقيق التام. قال: فالواجب تعزير من عمل بذلك أو ركن إليه أو أفتى به إن لم يعذر بجهل اهـ باختصار. وقد كثر السؤال عن ذلك في هذه الأزمنة وقبلها وينسب السائل ذلك لكتاب التقريب والتبيين في شرح التلقين، وبعضهم للذخيرة عن البيان. أما الذخيرة والبيان فلا شيء فيهما، وأما التقريب والتبيين فلا زال عقلي يستبعد وجود ذلك فيه حتى منّ الله عليّ بالوقوف على ذلك فيه الآن ونقلت منه ما تقدم باللفظ وذكر متصلاً بما مر عنه ما نصه: قال محمد بن القاسم، قلت لمحمد بن سحنون: أيحل لي أن أرد المطلقة ثلاثاً لمن جاءني مستفتياً في ذلك قال: إن كان من أخيار الناس ومن أهل الورع فنعم ترد عليه زوجته سراً، وإن كان سفيهاً فألزمه الثلاث لئلا يستن بذلك فلا يحرم حراماً اهـ لفظه. وهذا لا يصح أيضاً بحال، ولا أظن ذلك يصدر من عالم يعتد بعلمه وهذا الشرح مجهول النسبة عندي فلم أدر صاحبه من هو فلا ينبغي أن يعتمد على ما فيه مما يخالف الجادة والله أعلم. ومفهوم قول الناظم: لحر أن العبد منتهى طلاقه اثنتان فلا تحل له بعدهما حتى تنكح زوجاً غيره، وسواء كانت الزوجة حرة أو أمة. وقال أبو حنيفة: إذا كانت زوجته حرة فمنتهى طلاقه ثلاث.

فرع: لو قال: أنت طالق أو أنت طالق ثلاثاً إن شاء الله فإنه يقع طلاقه ويلزمه حكمه عند مالك وأصحابه، وكذلك العتق ولا يعمل قوله: إن شاء الله إلا في اليمين بالله وحدها.

وقال أبو حنيفة والشافعي: لا يقع الطلاق ولا العتق ولا النذر ولا ما دخل فيه قوله: إن شاء الله كاليمين بالله تعالى. وقال أحمد: لا يقع الطلاق ويقع العتق قاله القاضي عبد الوهاب في مسائله.

٥٢٦ـ وَمُوقِعُ مَا دُونَهَا مَعْدُودُ بَيْنَهُمَا إنْ قُضِيَ التَّجْدِيدُ

(**وموقع**) بفتح القاف صفة لمحذوف أي طلاق موقع، ويجوز كسرها أي شخص موقع (**ما**) زائدة على الأول وموصوفة على الثاني واقعة على طلاق (**دونها**) يتعلق بموقع على الفتح وصفة لما على الكسر والضمير للثلاث (**معدود**) خبر على الإعرابين حذف متعلقه أي عليه (**بينهما**) يتعلق بتجديد آخر البيت ولا يضر تقدمه على الشرط لأن الظروف يتوسع فيها وضميره للزوجين (**إن قضى**) بالبناء للمفعول والجملة شرطية حذف جوابها للدلالة عليه (**التجديد**) بالجسم نائب، ومعناه أن الشخص الموقع لطلاق دون الثلاث معدود عليه ما أوقعه إن قضى الله تعالى بتجديد النكاح بينهما ولو تزوجها أجنبي قبل تجديد النكاح لأن نكاح الأجنبي إنما يهدم الثلاث. قال القاضي عبد الوهاب في مسائله: سواء دخل بها الثاني أم لا ولا يهدم الثاني بوطئه طلاق الأول فإن كان طلقها واحدة عادت في النكاح الثاني على طلقتين وإن كان طلقها اثنتين عادت إليه على طلقة حتى أنه إن طلقها واحدة لم تحل له إلا بعد زوج وهو مذهب عمر وعلي وأبي هريرة وأبي بن كعب والأوزاعي وابن أبي ليلى وابن أبي ذئب والثوري ومالك والشافعي وأحمد بن حنبل ومحمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة بعد إن كان مخالفاً. وذهب أبو حنيفة وأبو يوسف صاحبه إلى أن الزوج الثاني إن أصابها في نكاحه هدم طلاق الزوج الأول فترجع إليه بعصمة جديدة، وبه قال من الصحابة ابن عباس وابن عمر رضي الله تعالى عنهما.

فصل في ذكر أحكام الخلع

وهو الطلاق بعوض ولو من غير الزوجة أو بلفظ الخلع على ما مر بيانه، وهذا العوض لا يحتاج إلى حيازة.

٥٢٧ـ والخَلْعُ سَائِغٌ والافْتِدَاءُ فَالافْتِدَاءُ بِالَّذِي تَشَاءُ

(و) طلاق (**موقع**) بالفتح و(**ما**) زائدة (**دونها**) أي الثلاث (**معدود بينهما**) أي الزوجين، فإذا طلقها واحدة ثم راجعها كانت معه على طلقتين أو اثنتين كانت معه على واحدة، ولو تزوجت غيره خلال ذلك (**إن قضى التجديد**) للنكاح بينهما لأن نكاح الأجنبي لا يهدم إلا الثلاث، ومقتضى الشيخ (**م**) أنه بكسر القاف وما نكرة أو موصولة، والمعنى وموقع طلاقاً دون الثلاث معدود عليه أن قضى التجديد بينهما اهـ. والصواب أن بينهما متعلق بمعدود لا بتجديد، ويلزم عليه تقديم معمول الشرط على أداة الشرط وهو ممنوع.

فصــل

(**والخلع**) وهو الطلاق بعوض (**سائغ و**) كذا (**الافتداء**) والمباراة لا فرق بينهما إلا أن أهل التوثيق والأحكام فرقوا بينهما والتفرقة مجرد اصطلاح، ومشى عليه الناظم فقال: (**فالافتداء بالذي**

(والخلع) مبتدأ **(سائغ)** خبره **(والافتداء)** مبتدأ حذف خبره لدلالة ما قبله عليه فالافتداء مبتدأ والفاء جواب سؤال مقدر أي إن أردت معرفته **(فالافتداء بالذي تشاء)** خبره أي بالذي تشاؤه من مالها.

٥٢٨ـ والخُلْعُ بِاللاَّزِمِ فِي الصَّدَاقِ أَوْ حَمْلٍ أَوْ عِدَّةٍ أَوْ إِنْفَاقِ

(والخلع) مبتدأ **(باللازم)** خبره **(في الصداق)** يتعلق به أي باللازم له في صداقها من كالىء أو حال أو هما فتسقطه عنه ويطلقها **(أو حمل)** معطوف على الصداق أي اللازم له في حمل إن كان وهو نفقتها الواجبة لها عليه **(أو عدة)** معطوف أيضاً على اللازم في عدة وهو كراء المسكن وعنه يعبر الموثق بقوله: وبخراج عدتها منه **(أو إنفاق)** على ولدها منه بأن يخالعها على أن عليها أجرة رضاعه قبل الحولين أو على أن عليها نفقة مدة زائدة على مدة الرضاع أو على إسقاط حضانتها على الولد أو على إنفاقها على بنين له من غيرها أو على زيد مثلاً كما يأتي ابن عرفة، وفيها ما الخلع وما المباراة وما الفدية قال مالك: المباراة التي تباري زوجها قبل البناء وتقول: خذ الذي لك وتاركني والمختلعة التي تختلع من كل الذي لها والمفتدية التي تعطي بعض الذي لها وكلها سواء، ثم قال أبو عمران: الخلع والصلح والفدية سواء وهي أسماء مختلفة لمعان متفقة اهـ. وحذف الناظم المباراة مع أنها في المدونة مع الخلع والفدية في نسق واحد كما ترى.

تنبيهات. الأول: إذا خالعها على رضاع الولد في الحولين ففي منعها من التزوج أقوال. ثالثها إن كان بشرط، ورابعها إن كان يضر بالصبي لابن رشد من قولها ذلك في الظئر المستأجر وسماع القرينين وابن نافع مع رواية محمد وسماع عيسى قاله ابن عرفة. وتصديره بالمنع يقتضي أنه الراجح وهو ظاهر البساطي في باب الإجارة في استئجار الظئر قال: وإذا خالعت المرأة زوجها على أن ترضع له الولد حولين فليس لها أن تتزوج فيهما.

قلت: المنع إنما هو لأجل الوطء فإذا أمن من الزوج الوطء فلا أدري يمنع لماذا اهـ. بنقل بعضهم. واقتصر عليه في الطرار أيضاً فقال ما نصه: إذا صالحت الأم على رضاع ولدها الصغير

تشاء) من صداقها فتمسك بعضاً وتعطيه بعضاً **(والخلع باللازم في الصداق)** من كالىء أو حال فتبرئه منه **(و)** اللازم في **(حمل)** إن كان وهو نفقة الحمل الواجبة **(أو)** اللازم في **(عدة)** وهو كراء المسكن وعنه يعبر الموثق بقوله: ويخراج عدتها **(أو إنفاق)** على الولد مدة زائدة على الرضاع قال في المقرب قلت: فما المباراة وما الخلع وما الفدية. فقال: المباراة أن تقول الزوجة لزوجها قبل البناء خذ ما أعطيتني واتركني، والخلع أن تختلع بكل الذي لها والفدية أن تفتدي ببعض وتمسك بعضاً.

قلت: أفيحل للزوج ما أعطته على ذلك؟ قال: نعم إذا لم يكن عن إضرار منه بها. قال مالك: وما رأيت أحداً ممن يقتدي به يكره أن تفتدى المرأة بأكثر من صداقها. وقال تعالى: ﴿فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾ [البقرة: ٢٢٩] قال الشارح: واختصر المصنف ذكر المباراة وهي في المدونة مع الخلع والفدية في نسق واحد قلت: فلو زاد:

ودفعها قبل البنا ما أعطيت هو المباراة على ما رويت

لأفادها.

ففي الجعل والإجارة منها أنها ممنوعة من التزويج حتى تتم مدة الرضاع قاله ابن رشد في كتاب التمليك من شرح العتبية اهـ ونحوه للتتائي في كبيره، والبرزلي في نوازله قائلاً هو جار على ما في الرضاع يريد من المدونة، وذكر ابن ناجي أن شيخه أفتى به وعمل على فتواه قال: وكانت النازلة في كون القاضي لم يطلع على ذلك إلا بعد التزوج فمنعه من الوطء حتى مات الصبي عن قرب ودرج علين ناظم العمل المطلق حيث قال:

ومن بإرضاع الصبي اختلعت   من النكاح بالقضاء منعت

واقتصر في معين الحكام على ذلك أيضاً وكذا في المتيطية واختصارها قالا: وتمنع المرأة المشترط عليها رضاع ولدها عامين من النكاح فيهما لما يخاف من فساد اللبن اهـ. لكن قال ابن سلمون بعد أن عزا ما مر لدليل المدونة ما نصه: والمعروف من قول مالك في المستخرجة أنها تتزوج وأن شرط عليها في عقد الخلع أن لا تتزوج مدة الرضاع قال في التزاماته عقبه ما نصه: وفي كلام ابن سلمون ترجيح القول بأنه لا يلزم ولو في مدة الرضاع وهو الظاهر خلاف ما يظهر من كلام ابن رشد فتأمله اهـ. فتبين بهذا رجحان كل من القولين الأولين في كلام ابن عرفة، لكن الأول أقوى، ولذا استظهره ابن رحال في شرحه أيضاً. ولا يقال القول الأول إنما هو مخرج فكيف جزم به من تقدم مع أن (ح) قال في فصل إزالة النجاسة: المعتمد في كل نازلة على ما هو المنصوص فيها لا على المخرج لأنا نقول: الحكم القائم من المدونة ينزله الشيوخ منزلة نصها كما ينزلون إطلاقاتها وظواهرها منزلة نصها أيضاً، فيعارضون به كلام غيرها حسبما ذلك منصوص عليه حتى في (ز) عند قوله في النكاح: وظاهرها شرط الدناءة. وذكر في نوازل الخلع من المعيار عن ابن عطية الونشريسي ما يفيد ضعف ذلك الترجيح، ورجح جواز تزويجها في مدة الرضاع كما ضعف أيضاً ما يأتي عن الاستغناء فانظره إن شئت، وقد يرد بأن الضرر مترقب قطعاً كما رأيته في كلام المتيطية لأنه تعليل بالمظنة وكما هو مشاهد بالعادة، وكون الغيلة لا تضر على ما ورد عنه عليه الصلاة والسلام لا يدل على جواز النكاح في مسألتنا كما قيل: لأن مسألتنا فيها معارضة، ومعلوم ما فيها من التشاح، وأيضاً فإن تزوجها يمنعها من الاشتغال بأمر الرضيع كما يأتي، وما ورد عنه عليه الصلاة والسلام إنما هو في أمر عام وهو وطء المرضع والأعم لا دليل فيه على أخص معين، ولذا قالوا في الظئر المستأجر يمنع زوجها من وطئها حيثما رضي بإجارتها نفسها كما قال (خ) ومنع زوج رضي من وطء، وبهذا تعلم أن قولهم تمنع من النكاح أي من وطئه وإلاَّ فلا يفسخ العقد إن وقع على ما مر عن ابن ناجي، وسيأتي في التنبيه بعده ما يقتضي ذلك.

الثاني: ظاهر كلام ابن عرفة بل صريحه أن محل الأقوال المتقدمة مع اشتراط عدم التزوج وجعلها في الشامل و(ح) في التزاماته مع عدم الاشتراط، ثم قال ابن عرفة، إثر ما مر عنه ما نصه: وشرط عدم نكاحها بعد الحولين لغو. ابن رشد اتفاقاً قال (ح) في التزاماته. وما ذكره ابن رشد من الاتفاق على أنه لا يلزمها ترك النكاح فيما بعد الحولين مخالف لما ذكره ابن سلمون عن كتاب الاستغناء من أن الأم إذا التزمت حضانة بنيها وتزوجت فسخ النكاح حتى يتم أمد الحضانة قال بعضهم: يريد قبل البناء ثم قال (ح): ولا شك أن ما قاله ابن رشد لم يكن متفقاً

عليه فهو الظاهر اهـ. وتأمل ذلك مع أن (ح) نفسه اقتصر في باب الحضانة من المختصر على ما في كتاب الاستغناء من فسخ النكاح، وكذا (ز) هناك.

قلت: وهو ما يفيده قولهم في باب الحضانة أن المرأة إذا تزوجت اشتغلت بأمر الزوج فتسقط حضانتها بذلك، وهنا قد تعلق حق الولد بل والزوج بحضانتها بنفسها، وعلى ذلك أرسل العصمة من يده فهو حق تعلق بعين المرأة، فليس لها أن تشغل نفسها بغير ما وقع عقد الخلع عليه فيكون هذا أرجح من جهة النظر. وقال البرزلي إثر تلك الأقوال ما نصه: وانظر ما يفعلونه اليوم أنها تتحمل به أي الولد عازبة كانت أو متزوجة وإن بدلت الأزواج أو سافرت فلا ينتزع منها هل يوفي بهذا أم لا؟ وهي عندي تجري على هذا لأن من حق الولد أن لا يجتمعا على ضرره في القول الأول، وعلى الثاني يكون أحرى في جواز تزويجها لشرطها اهـ بلفظ الاختصار. وهذا يؤيد ما في كتاب الاستغناء من الفسخ لأن الحق في ذلك للولد كما يؤيد القول الأول من تلك الأقوال ولا إشكال إلا أنه يقال محل الفسخ قبل البناء على القول به إذا لم يتراضيا على تأخير الدخول إلى انقضاء مدة الحضانة. وقال الفشتالي في وثائقه ما نصه: وبعضهم يشترط عليها وتشترط عليه أن لا ينتزع الولد منها تزوجت أو تأيمت أو سافرت أو سافر هو أو أقام، ثم قال: فإن سقط ذلك الشرط من عقد الخلع وتزوجت سقطت حضانتها، وكذا إن سافرت أو سافر هو لمكان بعيد أقله على خلاف ما تقصر فيه الصلاة اهـ. ففيه دليل لرجحان إعمال الشرط المذكور، بل وصرح بلزومه في الالتزامات في النوع الخامس من الباب الثالث فانظره.

الثالث: إذا خالعته على أن عليها نفقة البنات وأن الأمر لها في تزويجهن ويكون العاقد عليهن غيرها جاز ذلك، وهل له عزلها لأنه وكالة منها لها؟ قال (ح) في التزاماته: لا سبيل له لعزلها. نقله ابن رحال ههنا.

الرابع: إذا خالعها بنفقة الولد عازبة كانت أو متزوجة وقلنا لا ينزع منها إن تزوجت على ما مر قريباً فتحمل الزوج الثاني لها بنفقة الولد طوعاً فلا سبيل لرجوع الزوجة على ولدها إن كان له مال بما أنفقه عليه المتحمل المذكور كما هو واضح، وإنما يبقى الكلام إذا لم تتحمل هي بنفقة الولد وكانت تأخذ نفقته من أبيه ففي البرزلي وقعت مسألة وهي امرأة لها أولاد تأخذ نفقتهم من أبيهم وتزوجت رجلاً وشرطت عليه نفقة الأولاد أجلاً معلوماً أو تطوع به بعد العقد مدة الزوجية، وأرادت الرجوع بذلك على أبيهم فوقعت الفتيا إن كان ذلك مكتوباً في حقوقها يجب لها الرجوع متى شاءت وإسقاطه لزوجها، فلها أن ترجع بنفقتهم على أبيهم فإن كان ذلك للولد فلا رجوع على أبيهم بشيء وهو جار على الأصول كأنه شيء وهب للولد فنفقته على نفسه لا على أبيه والأول مال وهب لأمه فإذا أنفقته على الولد رجعت به على أبيه اهـ. بنقل (ح) أول الالتزامات فاستفيد منه أنه حيث فعل الزوج الثاني ذلك حرمة للأم فلها الرجوع على أبيه أو عليه حيث كان له مال وقت تحمل الثاني واستمر لوقت قيامها كما استفيد منه أيضاً أنه إذا تحمل الزوج بنفقة الولد في العقد لمدة معلومة فإن النكاح صحيح وهو الذي رجحه ابن رشد حسبما في الالتزامات في المحل المذكور.

الخامس: إذا قلنا لها التزوج في مدة الرضاع أو مدة الحضانة فلا إشكال أن حضانتها

تسقط بالتزويج ويلزمها أن تدفع أجرة الحضانة لمن انتقلت إليه على ما به العمل من وجوب الأجرة للحاضنة إذ على ذلك وقع إرسال العصمة كما يفيده جواب الوانغيلي في نوازل الخلع من المعيار.

السادس: ذكر في المعيار أيضاً في المحل المذكور عن ابن لب أن نفقة الولد التي وقع الخلع عليها تسقط بطرو المال للولد من إرث أو هبة أو نحوهما، وذكر أيضاً متصلاً به عن ابن عتاب أن ولد المختلعة التي تحملت بنفقته إذا تعلم صنعة فإن أجرته تستعين بها الأم على نفقته ولا توقف للابن، إذ ليس للصبي كسب ما دام في الحضانة قالوا: وهو الراجح. وهذا بخلاف الطوع فإن من طاع بالتزام نفقة صغيرة مثلاً كالزوج يلتزم نفقة ربيبه مدة الزوجية فإنما يلزمه الإنفاق ما دام صغيراً لا يقدر على الكسب كما في ابن سلمون والتزامات (ح) لكن استشكله البساطي في وثائقه بأنه التزم النفقة مدة الزوجية، فكيف تسقط عنه بقدرة الولد على الكسب؟ وأجيب: بأنهم لاحظوا أن سبب التزامه إسقاط كلفتهم عن الأم وبقدرتهم على الكسب انتفت العلة كما قالوا ذلك في المختلعة بنفقة الولد قاله أبو العباس الملوي رحمه الله.

السابع: قال في المتيطية: إذا خالعها عن أن لا تطلبه بشيء فظهر بها حمل فقال مالك تلزمه النفقة اهـ.

الثامن: فإن خالعته على إسقاط نفقة حملها أو ولدها فعجزت فإن الزوج يؤمر بالإنفاق عليها ويتبعها إن أيسرت كما في الالتزامات وهو المشهور وبه العمل، فإن كانت أشهدت أنها لا تدعي في النفقة عجزاً ولا عدماً فلا تسمع دعواها العجز ولا بينتها إلا أن يشهدوا بذهاب مالها كما في المعيار والالتزامات أيضاً، لكن قيده في الالتزامات بما إذا كان حال المرأة مجهولاً، ولم يشهد بعدمها إلا شاهدان أو نحو ذلك، وأما إن كانت معلومة بالإعسار والعدم بحيث يشهد بذلك غالب من يعرفها، ويغلب على الظن أن ما أشهدت به من الوفر كذب فلا يلتفت إلى ما أشهدت به من الوفر اهـ.

قلت: وهذا التقييد ظاهر في كل مدين أشهد بالوفر المشار له بقول ناظم العمل المطلق:

ومن أقر بالملاثم ادعى ... بأنه ذو عدم ما انتفعا
بمن له يشهد حتى يعلما ... تلف ماله بأمر هجما

ثم ذكر في الشرح عن ابن ناجي أنه لا تنفعه بينته بالعدم وإن كان مجهول الحال أو معلوماً بالفقر لأن إشهاده بالوفر ينزله منزلة معلوم الملاء. قال: وبه العمل اهـ. فهو يعكر على تقييد (ح) وإن كان تقييده أظهر معنى.

التاسع: ذكر في الالتزامات والمعيار عن ابن رشد وابن الحاج أن المرأة إذا خالعت زوجها على تسليم صداقها وعلى أنها إن تزوجت قبل انقضاء عام من تاريخ الخلع فعليها مائة مثقال فإنها إذا تزوجت قبل العام لا شيء عليها، إذ شرطه باطل والخلع جائز، ثم نقل عن ابن الضابط أنها إذا خالعته على أنها إن ردت زوجها الأول قبل عشرين سنة فعليها له مائة دينار أن ذلك لازم إذا ردت زوجها الأول فقال (ح) ما لابن رشد وابن الحاج جار على المشهور، وما لابن الضابط مقابل له.

قلت: وفرق كثير من الفاسيين وأفتوا به على ما حكاه عنهم أبو العباس الملوي بينهما بأن الأول بمنزلة ما إذا باعه على أن لا يبيع من أحد بخلاف الثانية فإنها بمنزلة ما إذا باعه على أن لا يبيع من زيد مثلاً فالبيع صحيح. قال الشيخ (ت): إنما يتم القياس لو جاز البيع على شرط أن لا يبيع من فلان وإن باعه منه زاده في الثمن كذا اهـ.

قلت: بل القياس تام لأن المعلق على شرط جائز شرعاً يصح بصحة شرطه بخلاف المعلق على فاسد فيبطل ببطلان المعلق عليه، فالظاهر ما فرقوا به دون مالح فتأمله.

العاشر: لو خالعها على إسقاط حضانتها فقامت الجدة وأرادت أخذ الولد فقال مالك: إن كان الأب معسراً فليس للجدة أن تأخذه وإن كان موسراً كان للجدة أخذه وتأخذ من الأب أجرة رضاعه على معنى ما في المدونة اهـ من ابن رشد. وهذا قول في المسألة والثاني أنه لا كلام لغير المسقطة وهو المنصوص في المدونة قال طفي: وهو المعتمد ونقل كلامها فانظره فيه، لكن اعترض ذلك بعضهم عليه وألف في ذلك وقال: إن هنا مسألتين. الأولى: إذا خالعت الأم بإسقاط حضانتها هل يمضي عليها ذلك ويلزمها ما أسقطته من الحضانة أو يلزم الطلاق ولا تسقط الحضانة ويكون الولد لها؟ قولان. لها ولعبد الملك بناء على أن الحضانة حق للمحضون وهذه فيها هو المشهور وهو الأول الذي هو مذهبها. والمسألة الثانية: إذا بنينا على المشهور من سقوط حق الأم وكانت هناك جدة مثلاً فقامت بحقها هل لها ذلك أم لا؟ قولان. للموثقين وليس فيها مشهور ولا مقابلة. نعم ذكر المتيطي أن العمل على الأول، وقال غير واحد من الموثقين، وقال أبو عمران: إنه هو القياس، قال: بل ذكر ابن غازي وغيره عن غير واحد أن الفتوى فيما إذا أسقطت الجدة ونحوها حضانتها مع الأم حال الخلع أنها لا تسقط، فكيف إذا لم تسقطها كما في نازلتنا، ثم ذكر نقولاً تفيد أن المعتمد أن للجدة القيام قال خلافاً لما أفتى به جماعة من أصحابنا من أنه لا قيام للجدة، وأن الحضانة تنتقل للزوج على المشهور مغترين بما وقع من السهو للعلامة طفي اهـ. الغرض منه باختصار مع تقديم وتأخير.

قلت: ظاهر هذا القول الذي به العمل المذكور أن الحضانة تنتقل للجدة مطلقاً كان الأب موسراً أو معسراً وذلك ظاهر على القول بأنه لا أجرة للحاضنة وإلاَّ فللنظر فيه مجال.

الحادي عشر: محل جواز الخلع بإسقاط الحضانة ما لم يتعلق الولد بأمه أو يكون عليها في ذلك ضرر وإلا فلا يجوز قاله في المتيطية.

الثاني عشر: محل ما مر من أن الحق ينتقل للجدة والخالة ونحوهما ما لم تسقط الجدة ونحوها حضانتها بعد إسقاط الأم وإلاَّ بأن أسقطت بعدها كما لو قال الموثق، ثم بعد إسقاط الأم أسقطت الجدة حضانتها فلا كلام لها، وأما إن كتب أنه خالعها على أن أسقطت حضانتها وأسقطت جدته أو خالته مثلاً حجتها فيما يرجع إليها من الحضانة فإن حضانة الجدة ونحوها لا تسقط لأنه من إسقاط الحق قبل وجوبه إذ الواو لا تقتضي ترتيباً قاله ابن الفخار وبه الفتوى كما مر.

الثالث عشر: لا يجوز الخلع على تأخير الصداق الحال أو بعضه فإن وقع فإن الطلاق نافذ والصداق على حلوله قاله في الكراس السابع من أنكحة المعيار.

٥٢٩ـ وَلَيْسَ لِلأَبِ إذَا مَاتَ الْوَلَدْ   شَيْءٌ وَذَا بِهِ الْقَضَاءُ فِي الْمُدَدْ

(وليس) فعل ناقص (للأب) خبرها (إذا) ظرف مضمن معنى الشرط خافض لشرطه منصوب بجوابه متعلق بالاستقرار في الخبر (مات الولد) جملة فعلية في محل جر بإضافة إذا (شيء) اسم ليس (وذا) مبتدأ (به) خبر عن قوله (القضاء) والجملة خبر ذا (في المدد) جمع مدة كغرفة يتعلق بالاستقرار في الخبر، والمعنى أن المرأة إذا اختلعت بإرضاع ولدها إلى فطامه أو بنفقته إلى وقت قدرته على الكسب فمات الولد قبل انقضاء المدة المشترطة فإنه لا شيء للأب على المرأة لأن المقصود أن تكفيه مؤنة الرضاع والنفقة وقد كفيت. هذا هو المشهور وبه القضاء كما في المتيطية وابن سلمون وغيرهما. وروي عن مالك أنه يرجع عليها بما ينوب باقي المدة، وظاهره أنه لا شيء للأب سواء شرط عليها عاش الولد أو مات أم لا. وليس كذلك فإنه مع الشرط المذكور يرجع عليها بباقي المدة كما يأتي، ومفهوم مات الولد أنها إذا ماتت هي والموضوع بحاله فإنه يوقف من تركتها ما يفي بنفقة باقي المدة ويحاصص به غرماءها كما يأتي في قوله: وإن تمت اختلاع وقفا الخ. وانظر لو التزمت بنفقته وأطلقت فأنفقت عليه ستة أو شهراً وقالت: هذا الذي أردت وخالفها الزوج في ذلك هل القول كما قالوه في المتطوع بنفقة شخص بغير خلع حسبما في أوائل مسائل الالتزام أو يكون القول للزوج لأن هذا من باب المعاوضة، فيلزمها أن تنفق عليه إلى سقوط نفقته شرعاً، وهو الظاهر لأن الأصل عدم خروج عصمته من يده إلا على الوجه الذي يقصده فهو مصدق بيمينه، ولا سيما إن كان عرفهم ذلك والله أعلم.

٥٣٠ـ والخُلْعُ بالإنْفَاقِ مَحْدُودِ الأَجَلْ   بَعْدَ الرِّضَاعِ بِجَوَازِهِ الْعَمَلْ

(والخلع) مبتدأ (بالإنفاق) يتعلق به (محدود الأجل) بالنصب حال منه (بعد الرضاع) يتعلق بالإنفاق أو بمحدود (بجوازه) خبر عن قوله (العمل). والجملة خبر المبتدأ الأول، والمعنى أن العمل جرى بجواز الخلع بالإنفاق المحدود الأجل كأربع سنين أو خمس بعد مدة الرضاع، أو إلى حد سقوط الفرض عنه شرعاً ونحو ذلك، وظاهره كان الإنفاق منها أو من غيرها وهو كذلك (خ) وبعوض من غيرها إن تأهل ومقابل العمل هو مذهب المدونة. ورواية ابن القاسم عن مالك وأنه لا يجوز ويسقط الزائد على الحولين، وقوله بعد الرضاع: يقتضي أن هذا في خصوص الولد الذي ترضعه وليس كذلك، بل لو شرط عليها نفقة نفسه أو نفقة بنين له منها أو من غيرها أعواماً معلومة كخمس عشرة سنة ونحوها لجاز ذلك أيضاً على ما به العمل كما في المتيطية، ولا يجوز ما زاد على الحولين في ذلك أيضاً على مذهب المدونة كالرضيع سواء بسواء، وعلى مذهب ابن القاسم في المدونة درج (خ) حيث قال: وجاز شرط نفقة ولدها منه مدة رضاعه فلا

(وليس للأب إذا مات الولد) الذي خولعت على أن ترضعه أو تنفق عليه (شيء) تعطيه لأبيه (وذا به القضاء في المدد) لأن المقصود هو أن يكفي الأب مؤنته وقد كفي.

(والخلع بالانفاق) على ولدها منه حال كونه (محدود الأجل) كأربع سنين مثلاً (بعد الرضاع) أو إلى البلوغ فيه خلاف مذهب المدونة، وقول ابن القاسم وروايته عدم الجواز ويسقط الزائد على الحولين. وقال المغيرة وسحنون وأشهب وابن الماجشون: ذلك جائز و(بجوازه العمل) وهو الصواب

نفقة للحمل وسقطت نفقة الزوج أو غيره وزائد شرط كموته الخ. وفهم من قوله بعد الرضاع أنه في مدة الرضاع يجوز شرطه عليها إنفاق نفسه أو رضيعه أو غيرهما وهو كذلك قال بعضهم اتفاقاً: ومفهوم قوله محدود الأجل أنه إذا لم يكن لذلك أجل محدود لم يجز كتأجيله بقدوم زيد أو يسر الأب مثلاً وتأمله مع قول (خ) وعجل أي الخلع المؤجل بمجهول وتؤولت أيضاً بقيمته فإن ابن محرز قال: تعجيله مخالف لجواز الخلع بالغرر، وقال اللخمي: لا وجه لتعجيله وتعجيله ظلم اهـ. وظاهره تعجيله ولو حداه بمدة الحياة، لكن الذي يقتضيه قولهم يجوز الغرر في الخلع هو أنهما إن حداه بمدة الحياة ومات الولد سقطت كما مر، وإن ماتت هي فيوقف من مالها ما يفي بنفقته إلى تمام سبعين سنة كمن أوصى بنفقة رجل حياته فإنه يوقف من ثلثه ما يقوم به منتهى سبعين سنة كما في (ح) أول الالتزام فتأمل ذلك والله أعلم.

٥٣١ـ وَجَازَ قَوْلاً وَاحِداً حَيْثُ الْتُزِمْ ... ذَاكَ وَإِنْ مُخَالِعٌ بِهِ عُدِمْ

(وجاز) فاعله ضمير الخلع **(قولاً)** منصوب على إسقاط الخافض **(واحداً)** نعت له أي جاز الخلع حال كون جوازه ثابتاً على كل قول **(حيث)** ظرف مضمن معنى الشرط خافض لشرطه منصوب بجوابه **(التزم)** بالبناء للمفعول **(ذاك)** نائب والإشارة للاتفاق، والجملة في محل جر بإضافة حيث **(وإن مخالع)** نائب عن فعل مقدر يفسره ما بعده **(به)** يتعلق بمخالع والباء للتعدية لا للسببية وهو من باب الحذف والإيصال أي: وإن عدم مخالع بالاتفاق عليه **(عدم)** أي مات. ومثل هذه الواو الداخلة على أن يسميها ابن غازي واو النكاية ويسميها شراح (خ) عاطفة على معطوف مقدر أي عاش الولد أو مات فهي بمعنى «أو» وجواب حيث محذوف للدلالة عليه، ومعناه أن المرأة إذا اختلعت بالإنفاق على ولدها أو غيره مدة معلومة زائدة على الحولين عاش المخالع بنفقته أو مات فإن ذلك جائز اتفاقاً من ابن القاسم وغيره، ويرتفع الخلاف في القضية حينئذ قاله في النهاية. قال: وهو مثل من باع داراً على أن ينفق المشتري عليه مدة معلومة فهو جائز، وإذا جاز في البيع فهو في الخلع أجوز اهـ. ثم إذا مات الولد ونحوه في هذه أخذ وارثه منها باقي المدة مشاهرة حتى يتم الأجل، وإن ماتت هي أخذ من مالها نفقته في المدة المشترطة

عند الشيوخ حتى قال ابن لبابة الخلق كلهم على خلاف قول ابن القاسم وروايته، وروى ابن زياد: يجوز في العامين وما قاربهما لا أكثر، وقال أصبغ: أكرهه فإن وقع أمضيته، وإذا مات الولد في هذه قبل المدة فلا شيء لأبيه، وإن ماتت هي وقف من مالها كما سيأتي في كلام الناظم بخلاف قوله: **(وجاز قولاً واحداً)** عند ابن القاسم وغيره **(حيث التزم ذاك)** أي نفقة أربع سنين أو ست مثلاً عاش الولد أو مات وهو معنى قوله: **(وإن مخالع به)** أي بسبب الإنفاق عليه **(عدم)** أي مات فإذا مات الولد في هذه أخذ الأب ذلك منها مشاهرة حتى يتم الأجل، وإن ماتت هي أخذ من مالها باقي نفقته للمدة المشترطة من غير إيقاف. ثم اعلم أن النسخ اختلفت فيما بين هذا البيت وبين قوله: وموقع الثلاث، فالذي في النسخ الموجودة بأيدينا بتقديم قوله: والبكر ذات الأب لا تختلع. إلى آخر الأبيات التسع على قوله: وللأب الترك من الصداق، والذي في نسخة الشارح ومن تبعه بتقديم هذا إلى تمام عشرة أبيات على قوله: والبكر الخ، ولنمش ههنا على ما للشارح فإنه أدرى بنسخة أبيه.

من غير إيقاف لأنه دين حل بموتها، ولا فائدة في الإيقاف لأنه يؤخذ منها على كل حال ولو مات الولد ونحوه بعدها لورث ذلك ورثته.

ثم اعلم أن الذي يقتضيه الترتيب الطبيعي تقديم هذين البيتين على قوله: وليس للأب الخ. ثم يقول: وإن تمت ذات اختلاع البيتين ثم يقول: ومن يطلق زوجة البيتين أيضاً إذ الكل مفرع على قوله هنا والخلع بالإنفاق الخ. ولعل ناسخ المبيضة قدم وأخر والله أعلم.

تنبيهان. الأول: إذا خالع امرأته على أن سلمت له ولدها منه وأنها إن أرادت أخذه فليس لها ذلك إلا أن تلتزم عن الأب مؤنته فإن ذلك خلع جائز نافذ حتى على قول ابن القاسم قاله في المتيطية.

الثاني: ذكر (ح) في التزاماته أن ما يأتي في قول الناظم: ومن يطلق زوجة ويرتجع البيتين يجري حتى في هذه الصورة المذكورة في التنبيه عن المتيطية دون التي في النظم التي هي قوله: وجاز قولاً واحداً الخ. فإن النفقة لا تسقط عنه بارتجاعها.

٥٣٢ـ ولِلأَبِ التَّرْكُ مِنَ الصَّدَاقِ أَوْ وَضْعُهُ لِلْبِكْرِ فِي الطَّلَاقِ

(وللأب) خبر عن قوله **(الترك)** وقوله: **(من الصداق)** يتعلق بالترك **(أو وضعه)** بالرفع معطوف على الترك **(للبكر)** يتنازع فيه ترك ووضع **(في الطلاق)** يتعلق بالمعطوف المذكور، ومعنى الشرط الأول أنه يجوز في نكاح التسمية للأب دون غيره من الأولياء أن يترك بعد العقد وقبل البناء عن الزوج شيئاً من صداق ابنته البكر التي لم يرشدها إذا كان ذلك سداداً ونظراً قاله ابن القاسم. وقال مالك: للأب أن يزوج البكر بأقل من صداق المثل على النظر، ولا يحط من الصداق بعد العقد إلا على الطلاق، وهو معنى الشرط الثاني أي يجوز للأب أيضاً دون غيره أن يضع عن الزوج بعد العقد جميع النصف على الطلاق أو بعد وقوع الطلاق قبل البناء كان ذلك نظراً أم لا. لقوله تعالى: ﴿إلا أن يعفون﴾ [البقرة:٢٣٧] أي المالكات لأمر أنفسهن: ﴿أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح﴾ [البقرة:٢٣٧] وهو الأب عند مالك وأما السيد فله إسقاط مهر أمته كله قبل الدخول وبعده، وقبل الطلاق وبعده قاله في الجلاب. قوله: في الطلاق أي في شأن

(وللأب) دون غيره من وصي أو ولي **(الترك من الصداق)** الذي أنفق عليه مع الزوج لابنته حالاً أو مؤجلاً إذا رأى ذلك سداداً ونظراً. قاله ابن القاسم وقال مالك: للأب أن يزوج البكر بأقل من صداق مثلها على النظر ولا يحط من الصداق بعد العقد إلا على الطلاق أو بعد وقوع الطلاق قبل البناء. كما أشار له الناظم بقوله: **(أو وضعه للبكر في الطلاق)** لقوله تعالى: ﴿فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون﴾ [البقرة:٢٣٧] أي المالكات لأمر أنفسهن ﴿أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح﴾ [البقرة:٢٣٧] والسيد عند مالك. وقال الشافعي: هو الزوج ومعنى عفوه أن يعطي الصداق كاملاً مع طلاق وإلى المسألتين أشار (خ) بقوله: وجاز عفو أبي البكر عن نصف الصداق قبل الدخول وبعد الطلاق، ابن القاسم: وقبله لمصلحة، وهل هو وفاق؟ تأويلان ومن ذلك في قوله:

والبكر وحدها تخص ههنا بعفوه عن مهرها قبل البنا

يريد: وبعد الطلاق كما أفاده ههنا.

الطلاق أعم من أن يكون عند الطلاق أو بعده، وهذا أولى من جعل «في» بمعنى «على» أو «بعد» وإلى المسألتين أشار (خ) لقوله: وجاز عفو أبي البكر عن نصف الصداق قبل الدخول وبعد الطلاق. ابن القاسم: وقبله لمصلحة وهل وفاق؟ تأويلان. وقولي في نكاح التسمية احتراز من نكاح التفويض فإنه يجوز ذاك للأب قبله وبعده وللوصي قبله كما أفاده (خ) بقوله: والرضا بدونه للمرشدة وللأب ولو بعد الدخول وللوصي قبله لا المهملة الخ. وظاهر قوله: الترك من الصداق كان نظراً أم لا. وليس كذلك كما رأيته. وقولي: التي لم ترشد احترازاً من المرشدة فإنها التي تنظر لنفسها، ومفهوم البكر أن الثيب ليس له ذلك فيها وهو كذلك حيث لم يكن له جبرها على النكاح، وأشعر قوله البكر أيضاً أنه إن دخل بها لم يكن له ترك شيء من صداقها وهو كذلك كما في الجلاب والقرافي نقله طفي وأشعر قوله الترك أن ذلك بعد العقد كما قررنا، فيفهم منه أنه يجوز له أن يزوجها ابتداء بأقل من صداق مثلها على وجه النظر بالأحرى وهو كذلك كما في المدونة عن مالك، وانظر ما تقدم في باب الصلح عند قوله: والبكر وحدها تخص ههنا الخ. وبالجملة فالتأويلان في كلام (خ) محلهما كما هو ظاهره إذا تحققت المصلحة، وهو ظاهر المدونة وظاهر ابن الحاجب أيضاً. قال ابن عبد السلام: وهو الصحيح لا ما قال ابن بشير: من أن الخلاف إنما هو إذا جهلت المصلحة أما إذا تحققت فيتفق مالك وابن القاسم على الجواز، وإن تحقق عدم وجودها فيتفقان أيضاً على عدم الجواز، وإنما يختلفان عند الجهل فظاهر قول مالك بعدم الجواز لأن الأصل في إسقاط الأب عدم المصلحة. وظاهر ابن القاسم جوازه لأن أفعال الأب محمولة على المصلحة فإن ذلك لا يعول عليه، بل مع الجهل يتفقان على منع الإسقاط كما يفيده قولهم بعد الطلاق لأنه يفيد بمفهومه أنه لا يجوز قبله كان لمصلحة أم لا. استثنوا منه صورة المصلحة. فإن ابن القاسم أجازها والمصلحة إذا أطلقت إنما تنصرف للمحققة وغير المحققة لا تسمى مصلحة لعدم وجودها، وحينئذ فالناظم اعتمد في الشطر الأول التأويل بالوفاق فيستفاد منه أنه الراجح، وأما الشطر الثاني فلا خلاف فيه.

تنبيهات. **الأول**: بأدنى تأمل يعلم منع ما يفعله كثير من الناس اليوم من تزويج أبكار بناتهم أو الثيبات من محاجرهم بأقل من صداق المثل لأنه في المدونة إنما أجاز تزويج الأب بأقل من صداق المثل إن كان نظراً، فإن لم يكن نظراً فيمنع، والناس اليوم يهدون للأب الهدايا ويعطونه العطايا ليزوجهم بنته بأقل من صداق المثل من غير نظر لها ولا مصلحة، وذلك منكر. فيجب على القاضي التفطن إليه وحسم مادته فإن لم يطلع عليه فللزوجة أن ترجع على زوجها بتمام صداق مثلها بعد الدخول ويخير الزوج في إتمامه قبله أو يفارق، ولا شيء عليه. وهذا إن لم تشترط تلك الهدايا وإلا فهي من الصداق فترجع بها الزوجة على الأب كما مر، وتسمى تلك الهدايا المشترطة عند العامة بالمأكلة والحبا.

الثاني: قال البرزلي في الكراس الثاني من النكاح: إذا قال الزوج للأب أقلني في ابنتك فأقاله فهي مطلقة ولا يتبع الزوج بصداق إن لم يكن دفعه ورده الأب إن قبضه، وهذا قبل البناء. ابن الحاج: ولو كان بعد البناء فهي إقالة في العصمة ويلزمه الثلاث. البرزلي: تقدم أن ظاهر المدونة لزوم الثلاث مطلقاً قبل البناء وبعده من قولها: وهبتك ورددتك لأهلك، وتقدم

لابن عات فيها قول إنه يفسخ بغير طلاق اهـ.

الثالث: مفهوم قوله في الطلاق أنه لا يجوز له ذلك في موت زوجها قبل البناء وهو كذلك نص عليه المازري في درره قائلاً: وإن تحمل الأب بالدرك فتخير الزوجة في الرجوع على الزوج أو عليه لأن الأب فوت عليها حظها وهو غريم غريمها. نعم إن صالح الأب عن بعض الصداق لعدم ثبوته واحتياجه لطول خصام مضى اهـ. بنقل طفي، وقوله: وإن تحمل الخ. لعله في مسألة العفو بعد الدخول على الطلاق إذ فيها يتأتى التحمل بالدرك كما تقدم في فصل الضرر، وفي باب الصلح: وإلاّ ففي مسألة الموت لا يتأتى فيها التحمل المذكور، نعم يتأتى فيها الرجوع المذكور حيث أعدم أحدهما لأن الأب بإسقاطه عن الزوج وقت قدرته على أدائه حتى أعدم كان مضيعاً فيجب عليه ضمانه، والله أعلم.

فصل ذكر فيه صريح الطلاق وكنايته وما يتعلق بذلك

٥٣٣ـ وَيَلْزَمُ الطَّلاقُ بِالتَّصْرِيحِ وَبِالْكِنَايَاتِ عَلَى الصَّحِيحِ

(**وينفذ الطلاق**) فعل وفاعل (**بالصريح**) يتعلق به (**وبالكنايات على الصحيح**) يتعلقان بمحذوف عطف على الجملة قبله أي: وينفذ بالكنايات الخ. ولذلك أعاد العامل فهو من عطف الجمل، وقوله على الصحيح راجع للكنايات فقط. والصريح ما كانت فيه الطاء واللام والقاف أو كان بلفظ الفراق أو التسريح لأن كل ما نطق به القرآن صريح فقال تعالى: ﴿فطلقوهن﴾ [الطلاق:١] وقال أيضاً: ﴿أو سرحوهن﴾ [البقرة:٢٣١] وقال أيضاً ﴿أو فارقوهن﴾ [الطلاق:٢] وقصره (خ) على الأول فقال ولفظه: طلقت أو أنا طالق أو أنت أو مطلقة أو الطلاق لي لازم لا منطلقة وتلزم واحدة إلا لنية أكثر، وأما الكناية فقسمان: ظاهرة وخفية، فالظاهرة هي اللفظ الدال عليه عرفاً وليس فيه صيغة الطلاق وما تصرف منه كما أشار لذلك (خ) أيضاً بقوله:

فصل

(**ويلزم الطلاق بالتصريح**) أي بالإتيان بلفظ الصريح وهو ما فيه الطاء واللام والقاف كطلقك وأنا طالق أو أنت مطلقة أو الطلاق لي لازم لا منطلقة (**وبالكنايات**) الظاهرة وهي ما دل عليه عرفاً كسرحتك وفارقتك وأنت حرام أو بتة أو خلية أو برية، وبالكنايات الخفية وهي ما دل عليه مع احتمال نحو: اذهبي وانصرفي وأنت حرة وألحقي بأهلك ويلزم أيضاً بما ليس بصريح ولا كناية من كل كلام نواه به نحو: اسقني الماء، وقوله: (**على الصحيح**) راجع لقوله: وبالكنايات، وقد اختلف فيها في القدر اللازم منه في بعضها كأنت حرام مثلاً هل الثلاث أو واحدة وفي النية في ذلك كما اختلف في أصل اللزوم، فعن أصبغ لا يلزم في تحريم الزوجة شيء كتحريم الطعام. واعلم أنه إذا قال: لم أرد بالصريح أو بشيء من الكنايات الطلاق، وإنما قال: أردت كذا صدق في الكناية الخفية ولم يصدق في الكناية الظاهرة ولا في الصريح قاله ابن سلمون. يريد إلا لقرينة كما لو كانت موثقة، وقالت: طلقني. فقال: أنت طالق أو سرحني فقال: سرحتك أي ستطلقين أو تسرحين. واللفظ أحد أركان الطلاق الأربعة. وثانيها: القصد إلى التلفظ به مع معرفة معناه لا أن هذى لمرض أو لقن بلا فهم. وثالثها: المحل وهو العصمة المملوكة تحقيقاً أو تقديراً عند مالك كقوله لأجنبية: إن

والثلاث في بتة وحبلك على غاربك أو واحدة بائنة أو نواها بخليت سبيلك أو ادخلي، والثلاث إلا أن ينوي أقل إن لم يدخل بها في كالميتة والدم ووهبتك ورددتك لأهلك الخ. ثم أشار للكناية الخفية أيضاً بقوله: ونوى فيه وفي عدده في اذهبي وانصرفي أو لم أتزوجك الخ. وكذا يلزم أيضاً بما ليس بصريح ولا كناية إن نوى به الطلاق كقوله: أسقني ماء كما قال أيضاً وحرم بأي كلام نواه الخ. وجعل ابن زرقون نحو أسقني ماء من الكناية أيضاً حيث نوى به الطلاق قال الشارح: قول الناظم وبالكنايات بلفظ الجمع يريد أقسامها الثلاثة على ما مر لابن زرقون. قال الشيخ (م): وهو ظاهر إلا أنه يبقى النظر في مقابل الصحيح ما هو فالله أعلم بمراده.

ثم اعلم أنه في الصريح لا يقبل منه أنه لم يرد به الطلاق ولو مستفتياً، وكذا في الكناية الظاهرة، وإنما يشترط فيهما قصد النطق بذلك اللفظ، وإن لم يقصد به حل العصمة، فإن لم يقصد النطق بذلك بأن هذي لمرض أو لقنه بلا فهم معناه لم يلزم. انظر القرافي فإنه قال: القصد لإنشاء الصيغة والنطق بها لا أعلم في اشتراطه خلافاً قال: وأما القصد لإزالة العصمة باللفظ فليس شرطاً في الصريح اتفاقاً، وكذا ما اشتهر من الكنايات فراجعه إن شئت في شرح ابن رحال وابن غازي فإن فيه طولاً. وقال المتيطي: والطلاق يلزم باللفظ والنية فإن انفردت النية فالصحيح اللزوم لأن اللفظ عبارة عما في النفس، فإذا أجمع بقلبه على أنه قد طلق لزمه وهو قول مالك في سماع أشهب، وروي عنه أنه لا يلزم وإن انفرد اللفظ، فالصحيح أن الطلاق لا يلزم بذلك إلا في الحكم الظاهر لقوله عليه السلام: «إنما الأعمال بالنيات». وفي كتاب التخيير من المدونة ما ظاهره اللزوم وهو خلاف المنصوص اهـ. لكن ما ذكره من اللزوم بمجرد النية حمله القرافي على الكلام النفسي وهو إنشاء الطلاق بقلبه فقط أي: من غير حركة لسانه به وهو المشار إليه بقول (خ) وفي لزومه بكلامه النفسي خلاف الخ. فالصحيح في كلام المتيطي هو أحد المشهورين في النفسي كما أشار لذلك القرافي قائلاً: هو محل الخلاف، وأما مجرد القصد إليه من غير إنشاء بالقلب بل وقع القصد إليه كما تقصد العبادات فلا يلزم ولو صمم عليه إجماعاً قال: فالنية لفظ مشترك بين النفسي الذي هو الإنشاء بالقلب وبين مجرد القصد اهـ. فقول الناظم بالصريح أي: اللفظ الصريح أو ما يقوم مقامه من الإشارة والكتابة كما قال (خ) ولزم بالإشارة المفهمة وبالكتابة عازماً الخ. وكذا يلزم بالفعل أيضاً كنقل القماش كما أشار له (خ) أيضاً في التخيير والتمليك فاحترز باللفظ هنا عن مجرد القصد الذي ليس معه لفظ، ولا كلام نفسي لا عن الإشارة والكناية والفعل. هذا ما يتعلق بالصريح والكناية الظاهرة.

وأما الخفية فتقبل دعواه أنه لم يرد به طلاقاً وإذا نوى به الطلاق فينوي في عدده كما مر عن (خ) بخلاف الكناية الظاهرة، فإنه لا ينوي فيه ولا في عدده كما مر عنه أيضاً على تفصيل

تزوجتك فأنت طالق وإن دخلت الدار ونوى بعد نكاحها فيلزم لا إن لم ينو ذلك فلا شيء عليه.
ورابعها الأهل أي: الزوج، وشرطه أن يكون مسلماً بالغاً عاقلاً فلا يصح ولا يلزم طلاق الكافر ولا الصبي، ولا فاقد العقل بجنون أو إغماء أو غيرهما إلا أن يكون فقده بسكر حرام أدخله على نفسه فيلزم على ما أشار له بقوله:

بين المدخول بها وغيرها. وانظر لو نوى بالخفية الطلاق ولم ينو عدداً فهل يلزمه الثلاث؟ وبه جزم ابن رحال في حاشيته ههنا أو يجري على ما يأتي في قوله: وموقع الطلاق دون نية. وهو الظاهر. وقال ابن عرفة: وإن قال أنت طالق فهو ما نوى فإن لم ينو شيئاً فواحدة اهـ. وقال في النهاية: فهذه الألفاظ يعني أنت طالق ونحوه يحكم فيها بواحدة نواها أو لم ينو شيئاً اهـ. وهو قول (خ) وتلزم واحدة إلاَّ لنية أكثر، وحينئذ فإذا نوى بالخفية الطلاق فإنه تلزمه واحدة إلا أن ينوي أكثر كما لو قصده بقوله: أنت طالق فليس عليه إلا واحدة أيضاً إلاَّ لنية أكثر، ويصدق في صفة هذه الواحدة من كونها بائنة أو رجعية كما ذكر المواق عن ابن رشد، وأنه إذا أراد بقوله: أنت طالق طلقة المباراة أي الطلقة البائنة فتلزمه البينونة ويصدق في ذلك ولا يرتدف طلاقه عليها إن جاء مستفتياً.

تنبيهات. **الأول**: إذا قلنا تلزمه واحدة إلاَّ لنية أكثر فاختلف هل يصدق في إرادة الواحدة بغير يمين كما هو ظاهر (خ) وصححه في الشامل أو بيمين وشهره ابن بشير؟ وهما قولان على يمين التهمة، والمشهور توجهها كما مر، واقتصر في المعين في قوله: فارقتك على وجوب اليمين أنه ما أراد إلا واحدة قال احلولو: ومقتضى ابن بشير وغيره: أن اليمين تتوجه على القول به سواء قال: نويت واحدة أو لم أنو شيئاً. قال ابن رحال في الشرح: وهذا الخلاف إنما هو إذا لم يكن مستفتياً بدليل أن الحلف لأجل التهمة أي: لأن التهمة إنما تتطرق إليه عند المرافعة. وكذا تجب اليمين في الكناية الظاهرة لأنه ينوي فيها كلها أنه أراد بها الواحدة في غير المدخول بها، لكن بيمينه من غير فرق بين حبلك على غاربك والميتة وغيرهما من الكناية الظاهرة قال: ما عدا لفظ البتة فإنه لا ينوي فيها أنه أراد الواحدة قبل البناء على مذهب المدونة، وقيل: ينوي أيضاً وكلا القولين قوي اهـ. وأما المدخول بها فإنه لا ينوي في إرادته أقل كما في المتن. والفرق أن غير المدخول بها تبين بالواحدة والمدخول بها لا تبين إلا بالخلع أو بالطلاق الذي حكم به الحاكم في غير الإيلاء والعسر بالنفقة أو بالثلاث، وإذا فقد الأولان هنا تعين الثلاث قال: لكن إنما يظهر لزوم الثلاث فيها وعدم تصديقه في إرادته أقل حيث لم يجر العمل بالطلاق المملك، أما حيث جرى به وأنها تبين بغير عوض على ما عليه الناس الآن، فإذا قال: نويت بخليت سبيلك أو بميتة أو ببائنة طلاق المباراة أو الطلقة المملكة فيقبل قوله اهـ. أي: لأن الناس اليوم يقصدون البينونة بدون الثلاث كما قدمناه عند قول الناظم، وفي المملك خلاف الخ. وتقدم أنه إذا قال: أنت طالق طلقة بائنة فتلزمه واحدة على الأصح وعن المواق ما نصه: قد نصوا أن من طلق طلاق الخلع فهو بائن وهو طلاق زمننا فعليه صار حكم المدخول بها وغيرها سواء، وبهذا كان أشياخنا وأشياخهم يفتون. وقد نصب ابن بشير على هذا المعنى فانظره اهـ. وبالجملة فإنما قال الإمام مالك بلزوم الثلاث في المدخول بها لأنه لم يكن في زمنه الطلاق المملك أي البائن بدون خلع ولا حكم ولا ثلاث، وأما حيث كانت الناس اليوم تستعمل البينونة بغير ذلك وهو الطلاق المملك فتصير المدخول بها وغيرها في التنويه، سواء قال معناه في المعيار عن أبي عبد الله الفخار وحينئذ فينوي مطلقاً مستفتياً أم لا. دخل أم لا. ولا يختص ذلك بالاستفتاء كما مر عن ابن رشد. ألا ترى أن الحرام ثلاث عند الأقدمين والعمل اليوم على لزوم الواحدة البائنة مطلقاً وما ذلك إلا لما قالوه من العرف وأن عرف الناس اليوم على قصد المملك.

الثاني: ذكر الشار(ح) ومن تبعه عند قوله: وموقع الطلاق دون نية. الخ أن العامة اليوم لا يعرفون الطلاق الرجعي، وعليه فإذا قال العامي لزوجته: أنت طالق فتبين منه بذلك لأنه لا يقصد غير البينونة، ولو سئل عن ذلك لقال: ما قصدت إلا أن لا تطالبني وأن لا حكم لي عليها ولذلك لا تطالبه بنفقة العدة، وإذا طلبتها لا يجيبها إلى ذلك لما في صميم عقله من أنه لا نفقة لها عليه، وإذا سألته عن حقيقة الرجعي المتقدمة في تقسيم الطلاق ما عرفها والنفوس لا تقصد ما لم يتقدم لها به أنس، وعليه فلا يصدق العامي في إرادته الرجعي مع وجود العرف بقصدهم بمطلق الطلاق البينونة إذ الحمل على العرف والعادة واجب كما في ألفاظ الكنايات لأنه إنما لزم فيها ما ذكر لأجل العرف كما يأتي، وتأمل قول المواق: طلاق الخلع هو طلاق زمننا الخ. وقد قالوا إن الأحكام إنما تترتب على عرف التخاطب أعم من أن يكون لغوياً أو غيره، وهذا أمر معهود في هذا الباب وما في حاشية ابن رحال عند قوله: وفي المملك خلاف الخ. وقاله في الشرح أيضاً عند قول المتن في الخلع وبانت ولو بلا عوض الخ. مما يقتضي خلاف ما قاله الشارح، ومن تبعه لا يعول عليه لأن الكلام فيما إذا كان جل العامة لا يعرفون إلا البائن، وإذا كان كذلك فعرفهم حينئذ هو قصد البينونة بمطلق الطلاق أي: فتلزمه وإن لم ينوها ولا تكون له رجعة عليها ولا يصدق في إرادته الرجعي وهو لا يعرفه كما لو ظن أن البتة واحدة. وقال: أردتها فإنه لا يصدق مع كون العرف عندهم أن البتة ثلاث، وقول ابن رشد: هل الحمل على اللفظ أو على ما يعلم من قصد الحالف وهو الأشهر الأظهر الخ. لا شاهد له فيه لأن اللفظ هنا لا دلالة فيه على الصفة من كونها بائنة أو رجعية، وإنما يعلم ذلك من قصد الحالف وإن لم يقصد شيئاً فيحمل على العرف، وأيضاً فإن ابن رشد لم يقل ذلك فيما نحن فيه بل موضوعه في شيء آخر كما يعلم بالوقوف عليه في كتاب الصداق من ابن عرفة، واللفظ ههنا لا يقتضيه بفحواه البينونة ولا عدمها وعلى تسليم اقتضائه الرجعة، فإنما يقصد الناس إلى أعرافهم فقول ابن رشد وهو الأشهر الخ. شاهد لما ذكرناه، وبالجملة فإذا قال: أنت طالق للمدخول بها ونوى به البينونة لزمته لقول المتن إلا لنيّة أكثر، ولقول ابن عرفة فهو ما نوى الخ. وإن لم تكن له نية فيحمل على العرف فإذا كان عرفهم في مطلق الطلاق أو شيء من تلك الكنايات البينونة فقط عمل على ذلك. ولا فرق في ذلك كله بين قوله عليه اليمين أو الحرام أو الأيمان اللازمة أو هي بتة أو حبلها على غاربها وغير ذلك من الكنايات وصفات الطلاق من كونه بائناً أو رجعياً، فالحمل في ذلك كله على العرف عند فقد النية لأن العرف من المخصصات بعد النية كما في المتن، ولذا قال القرافي في هذه الألفاظ: من خلية وبرية وحبلك على غاربك أو حرام إنما لزم فيها ما ذكر لعرف سابق، وأما الآن فلا يحل للمفتي أن يفتي فيها بما ذكر إلا لمن هي عرفه الخ. ونقله المواق وغيره وعليه فمن قال عليه اليمين وهو لا يعرف إلا الطلاق البائن وعرف بلده ذلك لزمته طلقة بائنة ولا يفتي بالرجعي لأنه لا يعرفه، ومن قال بلزوم الرجعي فيه إنما ذلك على عرف وقتهم، وبهذا كنت أفتي الناس بلساني في هذه الأزمنة ولو طلب مني الكتابة لكتبت له ذلك، وكان غيري لا يساعدني.

الثالث: انظر هل لا عبرة بالظن المخالف للعرف فإذا ظن المطلق أن قوله: أنت طالق تقع به البينونة والعرف بخلاف ذلك فإنها لا تقع عليه حيث لم ينوها عند التلفظ إذ العبرة بالعرف،

ويدل لذلك أنهم أناطوا الأحكام بالنية والعرف لا بالظن والاعتقاد، وقد يظن الإنسان أو يعتقد حكماً ولا ينويه عند التلفظ وهو إذا لم ينوه يرجع فيه للعرف، أو يقال تقع عليه البينونة إذ هو لا يقصد غير ظنه فتأمل. وأما العكس كما لو ظن أنها لا تبين بلفظ البتة مثلاً، وأنها رجعية أو أنها واحدة بائنة والعرف أنها ثلاث فلا إشكال أنه يلزمه ما به العرف ولا ينفعه ظنه كما مر. وقد قال ابن رحال في باب القضاء عند قوله: أو جعل بتة واحدة الخ. الراجح لزوم الواحدة البائنة في لفظ البتة وما ذاك إلا للعرف.

الرابع: قال البرزلي، قال ابن يونس في كتاب الطلاق: ولو مسها بيده أو ضربها وقال: أردت الطلاق لم تطلق إجماعاً. القرافي: وهو مشكل على الطلاق بمجرد النية فإنه نية وفعل اهـ. وتأمله أيضاً مع ما مر من أنه يلزم بالفعل ثم إن الناظم لم يذكر من أركان الطلاق إلا اللفظ، فيفهم منه أن الطلاق لا يلزم بمجرد النية من غير لفظ أصلاً ولا ما يقوم مقامه من كتابة أو فعل على ما مر، وهو كذلك عند الأكثر. ابن عرفة: وفي لغو الطلاق بمجرد النية الجازمة روايتا الأكثر وأشهب اهـ. وانظر الفرق بين الكلام النفساني ومجرد القصد عند قوله فيما يأتي: ومالك ليس له بملزم الخ. ومن أركانه أيضاً القصد أي قصد التلفظ بالطلاق أو الكناية مع معرفة معنى ذلك لا أن لم يقصد بل هذي كمرض أو لقن بلا فهم كما مرّ. ويبقى النظر فيما إذا لم يكن اللفظ من الكناية ولا من الصريح وقصد التلفظ به، وهو يظن أنه يلزم فيه الطلاق، ولكن لم ينو به وقت التلفظ طلاقاً ففي البرزلي عن تعلقة. ابن العطار: إن الشخص إذا قال: كل ما أعيش فيه حرام وهو يظن أن ذلك طلاق فليس يضره جهله بأن ذلك ليس بطلاق ولا يكون طلاقاً إلا أن يقصد أنها طالق بهذا اللفظ فيكون طلاقاً كما لو قال: ادخلي الدار يريد به الطلاق اه. وهذا إذا لم يجر العرف باستعمال ذلك اللفظ في الطلاق وإلاَّ لزمه الطلاق، ولو لم ينو به كما مرّ، وكما ذكره البرزلي في هذا اللفظ بعينه أيضاً. وذكر (خ) قولين فيما إذا قال: كل ما أعيش فيه حرام الخ. وظاهره جريانهما كأن يظنه طلاقاً أم لا. وثالثها المحل الذي هو العصمة المملوكة تحقيقاً أو تقديراً كقوله لأجنبية: إن تزوجتك فأنت طالق أو إن دخلت الدار ونوى بعد نكاحها فيلزمه لا إن لم ينو ذلك فلا شيء عليه. ورابعها: الأهل أي الزوج، وشرطه أن يكون مسلماً بالغاً عاقلاً فلا يصح ولا يلزم طلاق الكافر ولا الصبي ولا فاقد العقل بجنون أو إغماء إلا أن يكون بسكر حرام أدخله على نفسه، فيلزمه على ما أشار له بقوله:

٥٣٤ـ وَيَنْفُذُ الْوَاقِعُ مِنْ سَكْرَانِ ... مُخْتَلِطٍ كَالْعِتْقِ والأَيْمَانِ

(وينفذ الواقع) فعل وفاعل **(من سكران)** يتعلق بالواقع **(مختلط)** صفة لسكران **(كالعتق)** الكاف للتشبيه لا تتعلق بشيء كما مر **(والأيمان)** معطوف عليه، والتقدير وينفذ الطلاق الواقع من سكران مختلط عقله فيصيب مرة ويخطىء أخرى لكونه معه ضرب من التمييز كما ينفذ العتق الواقع منه، والأيمان الصادرة منه بطلاق أو غيره كما هو ظاهره، وظاهره أيضاً أنه ينفذ منه ما

(وينفذ) الطلاق **(الواقع من سكران مختلط)** أي معه ضرب من التمييز قال المازري: وهناك رواية شاذة أنه لا يلزمه فإن لم يميز السماء من الأرض ولا الرجل من المرأة فلا اختلاف أنه كالمجنون قاله ابن رشد. **(كالعتق والأيمان)** تشبيه في لزومهما للسكران المذكور قال في التوضيح:

ذكر ولو سكر بحلال كشربه لبناً حامضاً يعتقد أنه لا يسكره أو دواء ولو علم بإسكاره وليس كذلك فإنه لا يلزمه طلاق كما في الشامل، ولو كان معه ضرب من التمييز فيقيد كلامه بغير الحلال. ومفهوم مختلط أنه لو كان مطبقاً لا يميز الأرض من السماء ولا الرجل من المرأة لا يلزمه وهو كذلك اتفاقاً قاله ابن رشد. قال: وتحصيل القول في السكران أنه يلزمه الجنايات والعتق والطلاق والحدود، ولا تلزمه الإقرارات والعقود اهـ. وعليه قول ابن عاشر:

لا يـلـزم الـسـكـران إقـرار عـقـود بـل مـا جـنـى عـتـق طـلاق وحـدود

اهـ.

فلو تنازعا في كون السكر بحلال أو بحرام فقوله بيمينه إن لم تقم قرينة على صدقه لأن الأصل عدم تعمد الحرمة، وإن قامت قرينة على الصدق فلا يمين فإن قامت قرينة بكذبه فالقول للمجنى عليه والعبد والزوجة، ثم إن المجنون يلزمه طلاقه في حال إفاقته كما في المدونة لا في حال إطباقه، وإذا هذى لسكر بحلال فطلق وادعى أنه كان لا يضبط ما يقول وشكت البينة في ضبطه وعدمه، فالظاهر أنه يجري فيه ما ذكروه فيمن هذى لمرض لأن السكران مريض فراجع الشراح عند قول (ح) أو هذى لمرض والله أعلم.

تنبيه: فهم من قوله: سكران أن الغضبان يلزمه طلاقه بالأحرى لأنه مكلف بالصلاة ونحوها إجماعاً، ومخاطب بأداء ذلك حال غضبه بخلاف السكران، وقد تقدم الكلام على ذلك عند قول الناظم: هب أنها في كلمة قد جمعت.

٥٣٥ـ وَمِنْ مَرِيضٍ وَمَتَى مِنَ الْمَرَضْ مَاتَ فَلِلزَّوْجَةِ الإِرْثُ مُفْتَرَضْ

(ومن مريض) معطوف على سكران **(ومتى)** شرط **(من المرض)** يتعلق بقوله **(مات)** وقوله **(فللزوجة)** خبر عن قوله **(الإرث المفترض)** صفة. والجملة جواب الشرط ودخلت الفاء في الجواب لكونه لا يصلح أن يكون شرطاً.

٥٣٦ـ ما لَمْ يَكُنْ بِخُلْعٍ أَوْ تَخْيِيرِ أَوْ مَرَضٍ لَيْسَ مِنَ الْمَحْذُورِ

(ما) ظرفية مصدرية **(لم يكن)** صلتها واسمها ضمير الطلاق الواقع من المريض **(بخلع)** يتعلق بمحذوف خبر يكن **(أو تخيير)** معطوف عليه **(أو مرض)** معطوف على خلع أيضاً مدخول

وتحصيل القول فيه أن المشهور تلزمه الجنايات والعتق والطلاق والحدود ولا تلزمه الإقرارات والعقود، قال في البيان: وهو قول مالك وعامة أصحابه وأظهر الأقوال اهـ. ابن عاشر: لا يلزم السكران إقرار عقود، بل ما جنى عتق طلاق وحدود (و) ينفذ أيضاً الطلاق الواقع **(من مريض)** وإن كان غير جائز لنهيه ﷺ عن إخراج وارث، ولذا يعامل بنقيض قصده فمتى ماتت هي لم يرثها **(ومتى من)** ذلك **(المرض)** الذي طلقها فيه **(مات فللزوجة)** المطلقة **(الإرث مفترض)** لها شرعاً وهو الربع أو الثمن، وقضى به عثمان لامرأة عبد الرحمن، ولو انقضت عدتها أو تزوجت غيره أو طلقها الثاني كذلك في المرض أو الثالث ورثت أزواجاً، وإن كانت في عصمة إلا أن يصح المطلق بعد الطلاق صحة بينة فلا ترثه إن مات بعد وترث المريض. **(ما لم يكن)** الطلاق في المرض **(بخلع)** دفعته له **(أو تخيير)** منه لها وهو مريض فاختارت نفسها **(أو)** يكون الطلاق في **(مرض ليس من المحذور)** لخفته،

للباء (ليس) فعل ماض ناقص واسمه ضمير المرض (من المحذور) يتعلق بمحذوف خبر، ويحتمل أن تكون من زائدة لا تتعلق بشيء وهو أولى، والمعنى أن طلاق المريض مرضاً مخوفاً وتمليكه وتخييره وخلعه لازم له كالصحيح، وإنما يفترقان في الإرث ففي الخلع والتخيير لا ترثه لأن الفراق جاء من قبلها وفي الطلاق ترثه إن مات من مرضه قبل ظهور صحته كان الطلاق بائناً أو رجعياً قبل الدخول أو بعده، ولو صادف آخر الثلاث كما هو ظاهر النظم، وظاهره أيضاً ولو كانت يمينه في الصحة وحنث بها في المرض كان الحنث بسببها كحلفه وهو صحيح بطلاقها إن دخلت الدار، فدخلت وهو مريض أو بسببه كحلفه ليقضين فلاناً حقه في يوم كذا فحنث وهو مريض، وظاهره أيضاً ولو طال مرضه حتى خرجت من عدتها وتزوجت أزواجاً وهو كذلك في الجميع، ثم إن ما ذكره الناظم من عدم إرثها في الخلع والتخيير هو تخريج اللخمي في الخلع. ورواية زياد في التمليك والتخيير وذلك ضعيف لأن القول المخرج لا يعمل به في قضاء ولا فتوى، وإنما يذكر تفقهاً وتفنناً فقط قاله (ح). ولأن رواية زياد مخالفة لمذهب المدونة، ولذا درج (خ) وغيره على وجوب الإرث لها فقال: ونفذ خلع المريض وورثته أي: ولو من المال الذي خالعته به كمملكة ومخيرة فيه ومولى منها وملاعنة أو أحنثته فيه أو أسلمت أو عتقت أو تزوجت غيره وورثت أزواجاً وإن في عصمة، وإنما ينقطع بصحة بينة الخ. وفهم من قوله: ومتى من المرض مات الخ. أنها إذا ماتت هي لا يرثها وهو كذلك إن كان طلاقها بائناً، وأما الرجعي فيرثها إن ماتت قبل انقضاء عدتها واحترزت بقولي مخوفاً من غير المخوف كسعال وإقعاد ورمد ووجع ضرس وجذام وفلج يقبل مع ذلك ويدبر ويتصرف لنفسه فإنها لا ترثه لأنه في حكم الصحيح كما أشار له بقوله: أو مرض ليس من المحذور الخ. فقوله: ومن مريض أي مرضاً مخوفاً وهو ما حكم الأطباء بكثرة الموت به كالسل والقولنج والحمى القوية، ومن في حكم ذلك كحاضر صف القتال والمحبوس لقتل أو قطع يخاف منه الموت، وكذا حامل ستة فهي كالمريض على المشهور قاله ابن بشير وقيل: كالصحيح لأن الغالب السلامة ومحلها ما لم تكن في حالة الطلق وإلاَّ فيحجر عليها قاله في الذخيرة. واختلف في الطاعون قبل نزوله بالمطلق ونحوه فقال ابن لب: الأظهر أنه ما دام على حال الصحة قبل نزول المرض به فهو على حكم الأصحاء قال: ولا يبعد أن يخرج فيه الخلاف من الخلاف الذي في راكب البحر على حال هوله إذا حصل في اللجة اهـ. وقال ابن رحال في باب الحجر: إن الملجج في البحر يحجر عليه كالمريض قائلاً وهو

أو لكونه يعيش منه زماناً كمقعد ومجذوم ومفلوج يقبل ويدبر ويخرج ويركب ويسافر، فهذه لا ترثه لأنه في حكم الصحيح، وما ذكره الناظم من عدم إرثها في المرض الغير المخوف صحيح غير مسلم، وما ذكر في الخلع والتخيير غير معتمد لأنه خلاف المنصوص في الخلع، وخلاف مذهب المدونة في التخيير. ابن عرفة: وخلع المريض يلزم وفي إرثها إياه المنصوص وتخريج اللخمي من قول المغيرة في الحانث في مرضه لا ترثه، وفي المدونة إن ملكها في مرضه أو خيرها فاختارت نفسها أو طلقها طلاقاً بائناً في مرضه، فإنه لا يرثها إن ماتت وترثه هي إن مات من ذلك المرض لأن الطلاق جاء من قبله اهـ (خ): ونفذ خلع المريض وورثته دونه كمخيرة وبمملكة فيه ومولى منها ومع عنة أو أحنثته فيه.

الذي تجب به الفتوى عندي ولا أقدر على العدول عنه إذ دفعه محال ولا يفيد معه احتيال اهـ. وفي مسائل العدة والاستبراء من البرزلي أنه إذا كان ذريعاً في الناس أذهب نصفهم أو ثلثهم فهم كالمرضى وإلاَّ فلا.

تنبيهات. الأول: إذا ارتد المريض بانت منه زوجته ولا ترثه إن مات من مرضه قال التونسي: والطلاق عليه في مرضه لعيب به كجنون أو جذام لا ترثه امرأته كالردة. ابن عرفة: ما قاله التونسي واضح إلا أن في الحكم عليه به في مرضه نظراً والصواب تأخيره. قال ابن رحال: ما قاله ابن عرفة من وجوب التأخير هو المذهب اهـ.

الثاني: ظاهر قول الناظم ليس من المحذور أن المرض إذا كان حين الطلاق غير مخوف ثم صار مخوفاً إنه يعتبر وقت الطلاق فلا ترثه، وهو الذي يدل عليه كلام ضيح واللخمي والمدونة وغير واحد، وهو ظاهر لأن غير المخوف في حكم الصحيح، والصحيح لو طلق ثم مرض لا ترثه. وقال ابن رحال في الخلع: إذا مات منه وأسند إليه الموت منه فقد تبين أنه مخوف اهـ. وكأنه أخذه من قول ابن عرفة أن غير المخوف إذا كان عقبه الموت يصير مخوفاً كما ذكره (ز) عنه في باب الحجر.

قلت: ما نقله (ز) عن ابن عرفة من أن غير المخوف إذا كان عقبه الموت يصير مخوفاً الخ. يقتضي أن المدار على الموت من ذلك المرض كان حين الطلاق أو التبرع مخوفاً أم لا. فهو صريح في إلغاء تقييده بالمخوف وذلك مخالف لتقييد الأئمة له بذلك. قال في المدونة: أما الفالج وصاحب حمى الربع والأجذم والأبرص وذو القروح والجراح فما أقعده من ذلك وأضناه وبلغ به حدّ الخوف عليه، فله حكم المريض، وما لم يبلغ به ذلك فله حكم الصحيح اهـ. ولا معنى لكونه له حكم الصحيح إلا جريان أحكام الصحيح عليه، وإن زاد على ذلك وصار مخوفاً ولو كان المدار على الموت لقيدوه به لا بالمخوف، وما ذكروه عن ابن عرفة لم يذكره في باب الحجر ولا في باب الخلع ولعله ذكره في باب الطلاق، ولم تسعني مراجعة ذلك المحل الآن. وانظر لما يأتي في الهبة. وانظر أيضاً شرح الشامل عند قوله في الحبس، ويطل لوارث بمرض موته الخ.

الثالث: لم يتكلم الناظم على خلع المريضة وفي المدونة قال مالك: وإن اختلعت منه في مرضها أي المخوف بجميع مالها لم يجز ولا يرثها. قال ابن القاسم: ولو اختلعت منه على أكثر من ميراثها منه لم يجز فأما على مثل ميراثه منها أو أقل فجائز ولا يتوارثان. ابن نافع: يلزمه الطلاق ولا يجوز له من ذلك إلا قدر ميراثه مثل ما فسر به ابن القاسم اهـ. عياض: وأكثرهم أن قول ابن القاسم تفسير لقول مالك اهـ. وممن حمله على الخلاف ابن رشد ووجه قول مالك بأن ما خالعت به أرادت أن يأخذه الزوج من رأس مالها عاشت أو ماتت وهو غير وارث فوجب أن يبطل، وإن كان أقل من ميراثه منها اهـ. وعلى قول ابن القاسم الذي هو تفسير ففي ابن يونس يوقف ذلك فإن صحت أخذه وإن ماتت أخذ منه قدر ميراثه من التركة يوم ماتت لا يوم الصلح، وإن كان أقل من ميراثه فله الأقل ولا يحسب عليها ما أنفقت على نفسها في مصالحها إلا ما تلف ويحسب ما صالحته به من التركة وليس لها تعمد تلف مالها من غير مصلحة فإن أوصت بشيء فذلك في ثلث بقية التركة بعد عزل ما صالحت به ثم يضاف إلى ذلك ما بقي

بعد الوصايا فيأخذ قدر ميراثه منه إلا أن يكون ما صالح به أقل فيأخذ الأقل. انظر ابن عرفة وأبا الحسن وإلى خلع المريضة أشار (خ) بقوله: ولم يجز خلع المريضة وهل يرد أو المجاوز لإرثه يوم موتها ووقف إليه؟ تأويلان.

الرابع: تقدم في الرجعي أنه يرثها إن ماتت قبل انقضاء عدتها فإن اختلفوا في انقضاء العدة فقال أبو الحسن على قولها في المواضعة، وإن هلكت بعد مدة فيها استبراء فهي من المبتاع الخ. يقوم من هذه المسألة أن الرجل إذا طلق امرأته ثم ماتت فقال ورثتها: ماتت بعد انقضاء العدة. وقال الزوج: بل قبل انقضائها واتفقوا على وقت الطلاق، فإن كان مضى من المدة ما تنقضي في مثله العدة غالباً وذلك ثلاثة أشهر فيحمل الأمر على أنها قد انقضت ولا ميراث له إلا أن يأتي بما يدل على أن عدتها لم تنقض من قولها قبل الموت، إذ هي مصدقة في ذلك فإن لم يأت بذلك وادعى أن الورثة علموا بذلك لزمهم اليمين، وإن كان لم يمض ما تنقضي فيه العدة غالباً حمل الأمر على أنها لم تنقض إلا أن يأتي الورثة على قولها ببينة أن عدتها قد انقضت وإن لم يأتوا بذلك فادعوا على الزوج أنه علم بذلك لزمته اليمين، وإن اختلف الزوج مع الورثة في وقت الطلاق فادعى الزوج مدة لا تنقضي في مثلها العدة فإن القول قول الزوج على معنى ما في سماع عيسى من طلاق السنة، ولا خلاف في هذا قاله ابن رشد.

٥٣٧ـ والخُلْفُ في مُطَلِّقٍ هَزْلاً وَضَحْ ... ثالِثُهَا إلاّ إنِ الهَزْلُ اتَّضَحْ

(**والخلف**) مبتدأ (**في مطلق**) يتعلق بوضح (**هزلاً**) مصدر بمعنى الفاعل حال من ضمير مطلق (**وضح**) بالبناء للفاعل وفاعله ضمير المبتدأ، والجملة خبر (**ثالثها**) مبتدأ والخبر محذوف تقديره يلزم (**إلا**) استثناء (**أن الهزل**) فاعل بفعل محذوف يفسره (**اتضح**) قال ابن سلمون: وإن طلق هازلاً ففيه ثلاثة أقوال. الأول: أنه لا يلزمه، والثاني: أنه يلزمه، والثالث: إن قام دليل على أنه كان هازلاً لم يلزمه وإلاّ لزمه اهـ. ومثله في عدها ثلاثة لابن شاس وابن الحاجب قال ابن عبد السلام: والذي حكاه غير واحد إنما هما قولان. والثالث تقييد لأن الهزل لا يثبت بمجرد الدعوى، والمشهور اللزوم. وعليه عول (خ) فقال: ولزم ولو هزلاً الخ. أي: ولو تبين هزله وثبت وأحرى إذا لم يثبت كما في ابن رحال، وما ذكره ابن عبد السلام من أن الثالث تقييد تعقبه ابن عرفة بأن في كلامهم ما يدل على أن طلاق الهزل لغو مطلقاً إلا بقيد قيام دليله ونحوه في ضيح، وظاهر النظم أن الخلاف المذكور جار سواء هزل بإيقاعه أو بإيقاع لفظه عليه، والذي لابن عرفة أن هزل الإيقاع لازم اتفاقاً، وهزل إطلاق لفظه عليه المعروف لزومه اهـ.

تنبيه: النكاح والعتق مثل الطلاق في الخلاف المذكور كما في ابن الحاجب، والمشهور اللزوم البرزلي في المدونة عن ابن المسيب: ثلاث هزلهن جد: النكاح والطلاق والعتق. وجعل في غير المدونة مكان العتق الرجعة، فهذه أربع هزلها جد كما في ضيح. ابن الحاج: في نكاح

(**والخلف في مطلق هزلاً وضح**) قيل: يلزمه وهو المشهور لقوله ﷺ: «ثلاث هزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة». وقيل لا يلزمه (**ثالثها**) يلزمه (**إلا أن الهزل اتضح**) بحيث لم يكن معه احتمال وجد ومثله في عدها ثلاثة لابن شاس وابن الحاجب. قال ابن عبد السلام: والذي حكاه

الهزل خلاف وعدم لزومه أظهر لقوله تعالى: ﴿لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم﴾ [البقرة: ٢٢٥] فكما لا كفارة فيه كذلك لا نكاح اهـ.

قلت: تأمل هذا الاحتجاج بالآية المذكورة فإنه لا يجري على ما فسر به (خ): وغيره اليمين اللغو حيث قال: ولا لغو على ما يعتقده فظهر نفيه، وأيضاً فإن اللغو خاص باليمين بالله تعالى، وما ذكره ابن الحاج ذكر القرافي مثله عن الشافعي، وذكر أن اللغو عندنا خاص بالله تعالى، ثم قال ابن الحاج: والبيع مثل النكاح. قال البرزلي: إنما هو مثله في جريان القولين لا في مذهب المدونة لأن الهزل في البيع يحلف معه ولا يلزم على مذهب المدونة اهـ. وانظر الفرق بينهما أي بين البيع والنكاح فيما كتبناه على قول (خ) في النكاح، ولزم وإن لم يرض الخ. وانظر ما قاله الشراح هناك أيضاً، وانظر أيضاً من باع زوجته أو زوجها وادعى الهزل في ابن عرفة هنا، وذكر (خ) في الخلع أن بيعها وتزويجها يكون طلاقاً بائناً.

تنبيه: قال في الذخيرة ما نصه: لمطلق اللفظ ثلاث حالات تارة يستعمله في موضوعه الذي وضع له فيلزمه مقتضاه في الفتيا وفي القضاء، وتارة في غير موضوعه فلا يلزمه في الفتيا ويلزمه في القضاء إلا أن تصدقه قرينة. وقد تقدم الكلام على قوله: يا طالق. وقال: أردت من وثاق أي فيصدق في الفتيا ولا يصدق في القضاء قال: وتارة يطلقه ويقتطعه عن مسماه ولا يصرفه إلى غير مسماه، بل يطلقه عبثاً من غير إرادة معنى البتة بل مقروناً بنية القطع عن المسمى، فهذا هو الهازل سواء دلت عليه القرينة أم لا. ولا يكفي في الهزل أنه أطلقه من غير نية لأن الصريح لا يفتقر إلى النية فهذا تحريره فاضبطه اهـ.

٥٣٨ـ ومـالِـكٌ لَـيْـسَ لَـهُ بِـمُـلْـزِمِ ... لِـمُـكْـرَهٍ فـي الـفِـعْـلِ أوْ فـي الـقَـسَـمِ

(**ومالك**) مبتدأ (**ليس**) اسمها ضمير يعود على المبتدأ (**له**) يتعلق بخبر ليس المجرور بالباء الزائدة الذي هو (**بملزم**) بكسر الزاي والضمير المجرور عائد على الطلاق وهو في محل نصب على المفعولية بملزم ولضعف العامل تعدى إليه باللام، والجملة خبر المبتدأ (**لمكره**) بفتح الراء يتعلق بملزم (**في الفعل**) يتعلق بمكره و«في» بمعنى «على» (**أو في القسم**) معطوف عليه، والمعنى أن الإمام مالكاً رحمه الله ليس ملزماً الطلاق للمكره على فعل الطلاق أو إيقاعه أو على الإقرار به أو على القسم به أو على فعل ما يحنث به لقوله ﷺ كما في مسلم: «حمل عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه». وقال فيه أيضاً حسبما في القرافي: «لا طلاق في إغلاق». والإغلاق عند مالك الإكراه لأن الإغلاق هو الإطباق من أغلقت الباب فكأن المكره قهر على

غير واحد إنما هما قولان. والثالث تقييد للثاني (**ومالك ليس له**) أي للطلاق (**بملزم لمكره**) بالفتح (**في الفعل**) أي على إيقاع الطلاق (**أو في القسم**) أو الحلف كقوله: هي طالق أو عليه الطلاق إن فعل كذا فلا شيء عليهما لقوله ﷺ: «لا طلاق في إغلاق» أي: إكراه وهي التي امتحن فيها مالك رضي الله عنه أمره الخليفة أن لا يفتي بذلك، ثم دس إليه من سأله فأفتاه على رؤوس الناس والإكراه ههنا بخوف مؤلم من قتل أو ضرب أو سجن أو قيد أو صفع لذي مروءة بملأ أو قتل ولده أو لماله، وهل إن كثر تردد.

الفعل، وأغلق عليه حتى فعله خلافاً لمن قال: إن الإغلاق هو الغضب فإنه لا يصح قاله ابن رشد. قال: وطلاق الغضب واللجاج لازم اتفاقاً، وقد تقدم ذلك عند قوله: وينفذ الواقع من سكران الخ. والإكراه كما قال (خ) يكون بخوف مؤلم من قتل أو ضرب أو سجن أو قيد أو صفع لذي مروءة بملأ أو قتل ولده أو ذهاب ماله وهل أن كثر تردد الخ. ومثل الطلاق النكاح والبيع والإقرار في عدم اللزوم بالإكراه، وظاهر النظم أنه لا يلزمه ولو ترك التورية مع معرفته بها والاعتراف بأنه لم يدهش عنها. وهذا ظاهر الروايات كما في ابن شاس قال (ز): وهو المذهب. وقال اللخمي: للمكره ثلاث حالات فإن طلق باللفظ دون النية لم يلزمه قال: لأن الصحيح من المذهب أن الطلاق بغيرها لا يلزم وإن لم يكن مكرهاً فأحرى المكره وإن نوى الطلاق وهو عالم ذاكر أن له أن يجعله لفظاً بغير نية لزمه لأن النية لا تدخل تحت الإكراه، فهو طائع بالنية، والحالة الثالثة: أن يدهش عن النية إما للجهل بها وإما لأن الزمان لم يمهله لشدة الإكراه، فظاهر المذهب عدم اللزوم قال: ولعل الخلاف بين العلماء يرجع إلى هذه الحالات اهـ. وجعله صاحب المختصر تقييداً فقال: أو أكره ولو في فعل إلا أن يترك التورية مع معرفتها الخ. ومراده بالتورية أن يأتي باللفظ عارياً عن نية الطلاق كما تقدم عن اللخمي ولا يحتاج إلى أن ينوي معنى بعيداً كطلاق من وثاق مثلاً ونحوه. كما هو مقتضى التورية البيانية والتورية خاصة بالأقوال، ولا تورية في الأفعال. ولذا قال (تت): لو قدم المصنف الاستثناء على المبالغة لوفى بالمراد.

تنبيه: قال في الذخيرة: النية لفظ مشترك بين الكلام النفساني، ومعناه أن يقول في نفسه: أنت طالق كما يقول بلسانه وهو مرادهم بالنية ههنا وبين القصد، وهو المراد في العبادات. وليس مراداً ههنا للإجماع على أن من عزم على طلاق امرأته ونوى ذلك أنها لا تطلق عليه. قال: والذي عفى عنه من حديث النفس الوارد في قوله عليه الصلاة والسلام: «إن الله تعالى تجاوز عن أمتي ما حدثت به أنفسها ما لم تعمل به أو تتكلم» إنما هو ما هجس عليها من غير عزم، وأما العازم على الخير والشر والاعتقادات في الكفر وغيره وما يلزمه من الإخبارات فمعتبرة إجماعاً لقوله تعالى: ﴿وإن تبدوا ما في أنفسكم أو تخفوه يحاسبكم به الله﴾ [البقرة:٢٨٤] وهذا هو طريق الجمع بين الآية والحديث اهـ. ومراده أن الآية في الكلام النفساني الذي يؤاخذ به المكلف وهو أن يجري ذلك على قلبه، كما يجري على لسانه من غير تلفظ به. والحديث في مجرد القصد من غير أن يجري ذلك على قلبه.

وحاصل الفرق على ما ذكره أن في النفساني أوقع الطلاق ونحوه بقلبه من غير تلفظ به، وفي مجرد القصد نوى أن يفعل من غير إيقاع بقلبه فضلاً عن لسانه وإلاَّ فالكل قصد ونية إلا أنه في الأول صاحبها إيقاع في القلب دون الثاني، وما ذكره من لزومه في النفساني هو أحد قولين مشهورين. والقول الآخر يقول بعدم اللزوم وشهره غير واحد، واستظهره ابن عبد السلام قائلاً: إنما يكتفي بالنية في التكاليف المتعلقة بالقلب لا فيما كان بين الآدميين كالطلاق ونحوه اهـ. فتأمل هذا الخلاف مع الإجماع الذي ذكره القرافي، ثم قال القرافي بعد ما مر: النية في المذهب لها معنيان. أحدهما: الكلام النفسي وهو المراد بقولهم في الطلاق بالنية قولان.

وبقولهم إن الصريح لا بد فيه من نية على الأصح مع أن الصريح مستغن عن النية التي هي القصد بإجماع، وثانيهما القصد الذي هو الإرادة وهو قسمان. أحدهما: القصد لإنشاء الصيغة والنطق بها ولا أعلم في اشتراطه خلافاً، وثانيهما: القصد لإزالة العصمة في اللفظ وليس شرطاً في الصريح اتفاقاً، وكذلك ما اشتهر من الكنايات فإذا تحرر هذا فالمكره لم يختل منه القصد للصيغة، بل قصدها وقصد اقتطاعها عن معناها على قول اللخمي. وأما على ظاهر الروايات كما في الجواهر فلا حاجة لذلك، ثم قال: سؤال انعقد الإجماع على عدم اشتراط القصد في الصريح، واللخمي وصاحب المقدمات يقولان: الصحيح من المذهب اشتراط النية، فكيف الجمع بينهما؟ وجوابه: أن المشترط النية التي هي الكلام النفساني فلا بد أن يطلق بقلبه كما يطلق بلسانه وهو يسمى نية كما تقدم اهـ كلامه في ذخيرته.

قلت: وقد يجمع بينهما بأن الإجماع إنما هو بحسب الظاهر أي فلا يصدق في الظاهر أنه لم ينو بالصريح طلاقاً بل يؤاخذ به في الفتوى والقضاء إجماعاً، وكلام صاحب المقدمات واللخمي إنما هو بحسب ما في نفس الأمر أي: فلا طلاق عليه فيما بينه وبين الله، فلم يتواردا على محل واحد، وهذا هو الذي يدل عليه كلام غير واحد، ولا سيما كلام المتيطي المتقدم عند قوله: وينفذ الطلاق بالصريح الخ. وأما جوابه المتقدم فهو غير واف بالمراد كما يعلم بالتأمل.

تنبيه ثان: أطلق الناظم و(خ) في الفعل فظاهرهما سواء حلف لا أدخل الدار مثلاً فأكره على دخولها، أو حلف ليدخلنها وقت كذا فحيل بينه وبينها حتى ذهب الوقت فلا حنث عليه فيهما على أحد طرق أربعة. ذكرها ابن غازي، والمشهور عند ابن رشد أنه يحنث في صيغة الحنث لا في صيغة البر وعليه عول (خ) في باب اليمين حيث قال: ووجبت به إن لم يكن ببر. وأجاب بعض بأن الإكراه في صيغة الحنث إنما هو على الترك لا على الفعل. فلا يشمل كلام الناظم و(خ) الإكراه على الترك، فلا يكونان درجا على غير المشهور. وهذا في الحالف على فعل نفسه، وأما الحالف على فعل غيره، فعن مالك الحنث، وعن سحنون عدمه، وبالحنث أفتى أبو الحسن حسبما في الدر النثير: امرأة هربت من زوجها فحلف زوجها لا باتت في المحل الذي هربت إليه فأحنثته وباتت به قهراً عليه فقال: لا ينفع فيه الإكراه لأنه حالف على فعل الغير، والإكراه فيه لا يرفع حكم اليمين اهـ.

قلت: ظاهره ولو فعلت ذلك قاصدة تحنيثه، وفي البرزلي أنه المشهور وهو ما اعتمده شراح (خ) عند قوله في النكاح: أو قصداً بالبيع الفسخ الخ. وفي الذخيرة في باب الطلاق ما نصه: قال بعض أصحابنا: إذا قال لامرأته: أنت طالق أو لعبده: أنت حر إن فعلتِ أو فعلت كذا أو إن لم تفعلي أو إن لم تفعل ففعل أو فعلت لقصد تحنيثه لا يلزمه طلاق ولا عتق، وقيل: يلزمه الطلاق دون العتق اهـ. فانظر كيف صدر بعدم الحنث، وحكى مقابله بقيل وشمل قوله في فعل أيضاً الإكراه على المعصية: كأن يحلفه الظالم بالطلاق مثلاً على أن لا يصلي أو على أن يشرب الخمر فيصلي ولا يشرب فلا حنث عليه على المشهور. وهو مذهب سحنون. وقيل: يحنث ويحرم عليه أن يفعل، والفرق على هذا الضعيف بين الأقوال والأفعال حتى كان الحنث ساقطاً في الأول دون الثاني هو أن المفاسد لا تتحقق في الأقوال لأن المكره على قول ما يكفر به

معظم لربه بقلبه بدليل قوله تعالى: ﴿إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان﴾ [النحل:١٠٦] بخلاف شرب الخمر ونحوه، فإن المفاسد في ذلك محققة قال القرافي: وفرق ابن عبد السلام بأن القول لا تأثير له في المعاني ولا في الذوات بخلاف الفعل فإنه مؤثر اهـ. وكذا إن حلفه على ما ليس بمعصية ولا طاعة كأن لا يدخل السوق مثلاً فدخل فلا حنث أيضاً، وأما إن حلفه على طاعة كأن يحلفه أن لا يشرب الخمر فشربها ففي الحنث قولان. وتارة يكون الإكراه على أن يحلف أنه ما فعل في الماضي أو أنه فعل، ويكون على معصية أيضاً وغيرها. انظر تفصيل ذلك في (ح) وهذا في المعصية التي لا حق لآدمي فيها كما مرّ في الأمثلة، وأما ما فيها حق للمخلوق كالقتل والغصب فلا يسعه أن يفعل اتفاقاً وإن فعل فلا يسقط الإكراه القصاص في القتل وهو معنى قول (خ): لا قتل المسلم وقطعه وإن بزنا الخ.

تنبيه ثالث: ظاهر النظم كغيره أن الإكراه المذكور لا فرق بين أن يكون مقارناً لوقت إيقاع الطلاق أو متقدماً عليه، وهو ما يفيده كلام الشارح في بيع المضغوط قائلاً: حكم الضغط منسحب على البائع وإن تراخى البيع عن وقته بالشهرين ونحوهما، ونحوه في ابن سلمون عن ابن الحاج وابن رشد وغيرهما خلاف ما أفتى به أبو سعيد بن لب فيمن سلم في ميراثه من أمه لأخيه ثم بعد موت الأخ قام برسم يتضمن أن التسليم كان خوفاً لما كان هدده به أخوه الميت من القتل، وأنه كان من أهل الشر والحرابة. قال ابن لب: لم أر هذا الرسم كافياً في رد التسليم المذكور لأن المطلوب أن يؤدي الشهود على حضورهم في تاريخه وأنهم سمعوا التخويف إذ ذاك حتى وقع التسليم في موطنه، ولا يكفي قدم التخويف على التسليم في غير مجلسه، ولا يعلمون ما اتفق في وقته وتاريخه اهـ. واعتمد فتواه هذه أبو محمد عبد القادر الفاسي في جواب له نقله العلمي.

٥٣٩ـ وكُلُّ مَنْ يَمِينُهُ بِاللاَّزِمَهْ   لَهُ الثَّلاثُ في الأَصَحِّ لاَزِمَهْ

(**وكل**) مبتدأ (**من**) مضاف إليه (**يمينه**) مبتدأ خبره (**باللازمة**) والجملة صلة الموصول والرابط الضمير المجرور بالمبتدأ (**له**) يتعلق بقوله لازمة آخر البيت (**الثلاث**) مبتدأ (**في الأصح**) يتعلق أيضاً بالخبر الذي هو (**لازمه**) والجملة خبر المبتدأ الأول والرابط الضمير المجرور باللام.

٥٤٠ـ وقِيلَ بَلْ وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّهْ   مَعْ جَهْلِهِ وَفَقْدِهِ لِلنِّيَّهْ

(**وقيل**) مبني للمفعول، ونائبه الجملة المحكية به لأنها في محل المفعول، فلما بنى الفعل للمفعول ناب مفعوله الذي هو الجملة المحكية عن فاعله (**بل**) حرف إضراب (**واحدة**) فاعل بفعل محذوف أي تلزمه واحدة (**رجعية**) صفة (**مع**) يحتمل أن تكون خبر المحذوف، والجملة حال

(**وكل من يمينه**) أي حلفه (بـ)ـالأيمان (**اللازمة**) أو الأيمان تلزمني أو أيمان البيعة أو أيمان المسلمين، فقد اختلف في ذلك على أربعة أقوال: على ما ذكره الناظم الأول تلزمه الثلاث قاله أبو بكر بن عبد الرحمن، وصححه التونسي واللخمي والمازري وعبد الحميد. وقال الباجي: هو الأظهر وإليه أشار بقوله: (**له الثلاث في الأصح لازمه وقيل بل**) اللازم له طلقة (**واحدة رجعية**) وكل هذا (**مع جهله**) لمدلول اللفظ (**وفقده للنية**) أما إذا نوى شيئاً أو علم أنها تشمل الطلاق والعتق وغيرهما

مما قبله أي: وكل هذا كائن مع الخ. ويحتمل أن تكون في محل نصب على الحال أي: وتلزمه واحدة رجعية حال كونه مصاحباً (مع جهله وفقده للنية) والجملة من قيل وما بعده استئنافية.

٥٤١ـ وَقِيلَ بَلْ بَائِنَةٌ وَقِيلَ بَلْ جَمِيعُ الأَيْمَانِ ومَا بِهِ عَمَلْ

(**وقيل بل بائنة**) إعرابه كالذي قبله (**وقيل بل جميع الأيمان**) إعرابه كالذي قبله أيضاً (**وما**) نافية (**به**) خبر عن قوله (**عمل**) والمعنى أن من حلف بالأيمان اللازمة فقال مثلاً: الأيمان تلزمني لا فعلت أو إن فعلت، أو قال الأيمان لازمة لي أو جميع الأيمان أو الأيمان كلها أو أيمان المسلمين، فقد اختلف فيما يلزمه على أربعة أقوال. على ما ذكره الناظم، وأشار بقوله: الأصح لقول الباجي في المنتقى أنه الأظهر عندي، وفي المعيار عن العقباني أنه المشهور، وفي ضيح أنه الصحيح عند التونسي واللخمي وعبد الحميد والمازري وغيرهم، حتى أن السيوزي أفتى بنقض حكم الحاكم إن أفتى بالواحدة وقوله: مع جهله وفقده للنية. يحتمل أن يكون هو موضوع الأقوال أي محل هذه الأقوال إذا جهل مدلول اللفظ وفقد النية أي: وفقد العرف أيضاً وإلا لزمه ما نواه باتفاق، أو ما جرى به العرف كما في ابن سلمون وغيره، فإن نوى أمراً والعرف بخلافه قدمت النية لقول (خ) وخصصت نية الحالف إلى قوله: ثم عرف قولي الخ. لأن الأعراف أصل معتبر في الأيمان، وكان الناظم استغنى عنه بالنية لأنه معلوم أنه يخصص كالنية أو فيه حذف الواو مع ما عطفت كما قررنا، ويحتمل أن سبب اختلاف هذه الأقوال هو اختلاف الأعراف، فكل قال بما جرى به عرف بلده من ثلاث أو غيرها، فمن جرى عرف بلده بقصد الثلاث فقد دون غيرها ألزمه إياها، ومن جرى عرف بلده بالرجعي ألزمه إياه أو البائن فقط ألزمه إياه، وقوله: وما به عمل أي لكون عرفهم لا يقصدون به جميع الأيمان مما عدا الطلاق. وفي (خ) من لزوم العتق والثلاث والمشي للحج إلى غير ذلك إنما هو إذا كان عرفهم استعمال اللازمة في الطلاق وغيره مما ذكر أو لا عرف لهم فيها. وكانت عادة الناس الحلف بالصدقة بالثلث والحج والعتق والمشي ونحو ذلك. ووجه الأول ظاهر لأن العرف يخصص اللفظ أو يعمه فإذا كان العرف استعمال اللازمة في الطلاق فقط. فلا يلزمه غيره، وإذا كان العرف استعمالها في الطلاق والعتق مثلاً أو فيهما. وفي الحج فكذلك أيضاً وهكذا. ووجه الثاني أن اللفظ إذا لم يكن فيه عرف يخصصه أو يعممه فإنه يحمل على مدلوله اللغوي كما هي القاعدة، ولا شك أن مدلوله لغة جميع الأيمان من طلاق وحج ومشي

فإنه يلزمه ما نواه أو علمه (**وقيل بل**) اللازم له طلقة (**بائنة وقيل بل**) يلزمه (**جميع الأيمان**) طلاق من في عصمته وعتق من يملكه وصدقة بثلث ماله ومشي لحج وكفارة يمين وصوم سنة إن اعتيد الحلف فيه به وكفارة الظهار (و)هذا القول قال الناظم (**ما به عمل**) وما نافية مع أنه المشهور عند (خ): وعن الطرطوشي وابن العربي والسهيلي أن عليه ثلاث كفارات. قال الطرطوشي: ولا يلزمه طلاق ولا عتق إلا أن ينويه، وعن ابن عبد البر أن عليه كفارة يمين بالله، وعن الأبهري أنه لا يلزمه غير الاستغفار، وأفتى به ابن سراج، وقبله الحميدي والسراج وقالا: إن من قلد ذلك فهو مخلص وتأمله مع ما تقرر من أن العمل بالراجح واجب لا راجح، والصحيح عن ابن سراج أنه أفتى بطلقة وفي العمليات:

وعدم اللزوم في أيمان لازمة شاعت مدى الزمان

وغيرها مما عادة البلد الحلف به حتى أنه إذا كانت عادتهم الحلف بالعتق فقط لم يلزمه غيره إذا علمت هذا، فعلى الاحتمال الأول يكون قول الناظم: وما به عمل الخ في عهدته لما علمت أنه حيث لا نية ولا عرف يلزمه مدلول اللفظ لغة كما مرّ وهو المشار له بقول (خ) ثم مقصد لغوي الخ. ولم أقف على ما قال إنه حينئذ لا عمل عليه، وحمل الناظم على هذا الاحتمال وإن ورد عليه ما ذكر هو الموافق للنقل. قال ابن سلمون: يلزم الحالف بالأيمان اللازمة إذا لم تكن له نية عتق من يملكه والصدقة بثلث ماله. والمشي إلى بيت الله تعالى وكفارة يمين وطلاق نسائه. واختلف فيما يلزمه من الطلاق فذكر الأقوال الثلاثة. الأول في النظم وذكر عن الأبهري أنه لا يلزمه فيها سوى الاستغفار. ثم قال: قال بعض المتأخرين: فإن جرى فيها عرف في بلد من البلاد كان العمل فيها بحسب العرف عند الإطلاق انتهى باختصار. ونحوه في ابن شاس وغيره فقوله: فإن جرى فيها عرف الخ. تقييد لتلك الأقوال كما مرّ في أصل التقرير لأنه عند فقد النية يصار للعرف كما صرح به ابن لب، وغيره في هذه المسألة وهو ما مر عن (خ) في قوله: ثم عرف قولي الخ. وحينئذ فإن كان مراد الناظم هذا الفقه كما هو ظاهره، ولكن الغالب عليه تبعيته لابن سلمون فيشكل بما مر، وبأن القول الرابع هو المشهور لأنه المطابق للغة، فكيف يكون مقابله أصح وبأن قوله مع جهله لا ينبغي أن يكون موضوعاً للأقوال لأنه عند ثبوت جهله بمدلول اللفظ لا يلزمه شيء لا في الفتوى ولا في القضاء كما أشار له (خ) بقوله: أو لقن بلا فهم الخ. فلو قال بدله لعدم العرف وفقد النية لسلم من هذا، وأما على الاحتمال الثاني فللاختلاف بين الأقوال في الحقيقة، بل كل قال بما جرى به عرف بلده كما مرّ، ويشكل القول الرابع أيضاً لأن موضوعه حيث لا عرف فلا تحسن مقابلته بما قبله. وأما قوله: وما به عمل الخ. على هذا الاحتمال فهو في محله لأنه حيث كان العرف استعمال اللفظ المذكور في الثلاث فقط أو في البينونة فقط أو في العتق فقط مثلاً كان لزوم جميع الأيمان مهجوراً لا عمل عليه لا في الفتيا ولا في القضاء، ففي كلام الناظم إشكال على كلا الاحتمالين.

ونقل في الشرح كلام الحميدي والسراج ثم قال: وقد أفتى به شيخنا ميارة حسبما وقفت عليه بخطه، وأفتى به شيخنا الوالد فيما تلقيته منه. وقال شيخنا أبو عبد الله بن سودة: إن الذي يظهر أن المسألة نظير اليمين حيث لم يكن عرف كان فيه كفارة يمين بالله، ولما تكرر العرف في زمن ابن عاصم كان فيه الطلاق، وكأنه صرفه إلى تحريم الزوجة وكان التحريم يصرف للثلاث. كما في المختصر وربما صرف في بعض البلاد والأزمان إلى الطلاق وهو الرجعي أو البائن، وهو سبب اختلاف الأقوال فإن لم يكن عرف فمقتضى العموم أن أل للاستغراق وإلا كانت أل للعهد الذهني انتهى باختصار. وقال ابن المناصف: إن نوى عموماً أو خصوصاً لزمه منويه وإن نوى مسماها عرفاً عالماً إن منه الطلاق وهو أكثر الواقع في زمننا فطلقة واحدة. وقال الشارح: لم تزل الفتيا على عهد شيخنا أبي القاسم بن سراج رحمه الله صادرة بلزوم الواحدة في الزوجة للحالف باللازمة إذا حنث، ولم تكن له نية في الثلاث على وفق الأشياخ الثلاثة القابسي وأبي بكر بن عبد الرحمن وأبي عمران الفاسي، ومن وافقهم من أشياخ الأندلس، وربما يستظهر بتحليف الحانث على عدم علمه الحكم فيها اهـ. والظاهر أنها بائنة لما يأتي عن الشرح من أن الناس لا يعرفون اليوم الطلاق الرجعي.

تنبيهات. الأول: إذا قال القائل: الأيمان لازمة له أو الأيمان تلزمه فلا يخفى أن أل للاستغراق وإلا كانت للعهد الذهني، وحينئذ فإن لم يكن عرف فيها فلا عهد ذهنياً، ويحمل اللفظ على عمومه كما لو قال: عليه جميع الأيمان أو عليه أيمان المسلمين أو أيمان البيعة ونحو ذلك، فيلزمه جميع ما اعتاد الناس الحلف به في ذلك كما مرّ سواء اعتاد هو خلافهم أو لم يعتد شيئاً حتى أنه لو كانت عادتهم الحلف بالله فقط لزمه ثلاث كفارات فقط لأنه مدلوله لغة وعرفاً حينئذ، ولا يمكن أن تخلو بلد من الحلف بالله تعالى وبغيره حتى يقال: إنه إذا لم يكن له نية ولا لأهل بلده عادة لم يلزمه شيء كما في الزرقاني، وأما إن كان فيها عرف خاص بحيث لا يستعملها أهل البلد إلا في خصوص الطلاق الثلاث أو البائن أو في العتق مثلاً فأل في ذلك للعهد الذهني، والمعهود ما به العرف ولا ينظر حينئذ لكل ولا لجميع ولا لغيرهما من ألفاظ العموم ولا لصيغة الجمع، لأنه وإن أتى الحالف بلفظ دال على العموم أو بصيغة الجمع فهو مخصوص بعرف بلد الحالف فلا يلزمه غير ما به عرفهم وصيغة الجمع والعموم ملغاة، وإلى هذا ترجع فتاوى المتأخرين التي في الشارح وغيره، وعليه فاللازم فيها في بلدنا اليوم إنما هو الطلاق لأن الناس اليوم لا يعرفون الحلف بالعتق ولا بالمشي ولا بالصدقة فقولهم: أيمان المسلمين أو الأيمان اللازمة لهم كقولهم: عليهم الطلاق، والظاهر كما للمسناوي و(تت) أن يحمل على الواحدة البائنة لأن الناس اليوم لا يعرفون الطلاق الرجعي.

قلت: والظاهر أن يحمل الثلاث لأن أكثر الناس اليوم الحلف بالطلاق الثلاث، وهم إنما يقصدون بها التشديد والتغليظ كحلفهم بالحرام آخر الثلاث فهي مساوية له عندهم على ما شهدناه منهم، وعلى تسليم حلفهم بالحرام مجرداً من آخر الثلاث، وأنه يكثر منهم الحلف به مجرداً ومقروناً بالثلاث، فحمله في اللازمة على الثلاث أحوط عند عدم النية لأن الفروج يحتاط لها.

الثاني: درج أبو زيد الفاسي في عملياته على ما للأبهري وابن عبد البر من أنه لا يلزمه فيها سوى الاستغفار فقال:

وعدم اللزوم في أيمان ... لازمة شاعت منذ أزمان

فظاهره أنه لا يلزمه شيء ولو كفارة يمين بالله، وهذا إنما هو على الاحتمال الأول في كلام الناظم أي حيث لا نية ولا عرف، ومع ذلك فهو مقابل للمشهور من حمله حينئذ على مدلول اللفظ لغة، وإلاً فهو إذا كانت له نية لزمه ما نواه اتفاقاً من طلاق أو غيره، وإن كان لهم فيها عرف لزمه ما هو عرفهم فيها لأنه كالنية كما مر ولا يحل للمفتي أن يفتيه حينئذ بعدم اللزوم إذ ذاك خروج عن أقوال أئمة المذهب وما به العمل لا بدّ أن يوافق قولاً وإن شاذاً.

الثالث: كثير من الناس في هذه الأزمنة يقول عليه ما يلزمه لأفعل كذا ولا يزيد من الأيمان والجاري على ما مر أنه يلزمه ما نواه أو ما به عرفهم، فإن لم تكن نية ولا لهم عرف في هذا اللفظ، فالظاهر أنه لا يلزمه شيء لأن الذي يلزمه من صلاة وصيام وزكاة ونحوها هو لازم له بدون يمين، وغير اللازم له بما ذكر لا دلالة للفظ عليه وقديماً كنت متأملاً فيه، ثم أجريته على قول (خ): وكأحلف أو أقسم إن نوى بالله الخ. وأنه إذا لم تكن له نية ولا عرف لا شيء عليه.

الرابع: تقدم أن من عادته الحلف باللازمة أو بالثلاث أو بالحرام لا يرخص له بل يلزمه ما يلزم غيره ممن وقع ذلك منه فلتة، ولو أدى إلى تحريمها عليه قبل زوج ولا يعذر لجري ذلك على لسانه، بل هو أولى بالتشديد لأن ذلك استخفاف منه بالأيمان خلاف ما يعتقده كثير من جهلة الطلبة من عذره، وقد نص على ذلك في المعيار وغيره. وفي ابن سلمون إثر الأقوال المتقدمة في اللازمة ما نصه: وقد أفتى فيها بعضهم بفتوى غريبة وهي أنه إن كان الحالف بها من أهل العفاف والصلاح، ولم يعتد الحلف بها، وإنما خرجت منه على ضجر فتلزمه الواحدة وإن كان من أهل الدعارة والشر، وممن يحلف بذلك في كل وقت فإنه يلزمه الثلاث ولا وجه لذلك عندي اهـ. ونحوه في المعيار عن أبي الفضل العقباني قائلاً: فمن هو أهل للعذر وكان الشيء منه فلتة فحسن أن يترك للتقليد لقول فيه رحمة، وأما من دأبه الأيمان ويستخف بأمرها فينفذ عليه الحكم بالمشهور اهـ باختصار. فقد علمت أن من دأبه الأيمان أولى بالتشديد عليه، وإن من وقع ذلك منه فلتة فالمشهور ومذهب الجمهور أنه لا يرخص له أيضاً، ومقابله وإن أفتى به العقباني شاذ حتى قال ابن سلمون: كما رأيته أنه لا وجه له عنده وهو الصواب إن شاء الله. إذ الأحكام الشرعية لا فرق فيها بين صالح وطالح والله أعلم.

الخامس: في المديان من البرزلي فيمن حلف بالطلاق يعني أو باللازمة أو غيرها؛ أنه لا مال له وقد ورث مالاً لم يعلم به أنه حانث. ابن رشد: هي على مراعاة الألفاظ دون المقاصد اهـ باختصار. يعني: ولو روعي المقصد لم يحنث لأن المعنى لا مال له في علمه، والمذهب أن العبرة بالمقاصد انظر شرح ابن رحال للمختصر في باب الخلع، وقد تقدم عند قول الناظم: وينفذ الطلاق بالصريح الخ. عن ابن رشد: أن الحمل على القصد هو الأشهر الأظهر.

السادس: إذا حلف باللازمة أو بغيرها لا بقي أو إن بقي في هذه الدار هل هو بمنزلة لا سكنت فلا يرجع أبداً أو بمنزلة لأنتقلن. وفيها قولان. فقيل: ذلك بمنزلة لأنتقلن، وبه قال اليالصوتي: وقيل ذلك بمنزلة قوله لا سكنت، وبه قال أبو الحسن القاري، وهو الذي رجحه أبو العباس سيدي أحمد بن المبارك السجلماسي قائلاً: وما لليالصوتي مخالف للقواعد الأصولية وللمقصد اللغوي عند عدم العرف والنية، وحينئذ فيحنث إن لم يخرج من حينه أو إن رجع لأن الفعل كالنكرة، فيعم في سياق النفي ولا يعم في سياق الإثبات فعدم خروجه من حينه جزئية موجبة ورجوعه بعد الخروج جزئية أخرى، وكل منهما يناقض الكلية السالبة التي دل عليها الفعل الواقع في سياق النفي، وأما الفعل الواقع في سياق الإثبات كلأنتقلن فهو جزئية موجبة فإذا لم يعجل بالخروج أو رجع حصل من ذلك جزئية سالبة وهي لا تناقض الجزئية الموجبة، فإذا لم يحنث بواحد منهما فحمل قوله: إن بقيت أو لا يبقى على قوله: لا سكنت هو الصواب لأن الفعل عندهم كالنكرة، ولذا كانت تنعت به النكرات ويقع حالاً من المعارف فهو بعد النفي نكرة منفية وبعد الإثبات نكرة مثبتة، ولا شك أن حمل النكرة المنفية على النكرة المثبتة كما لليالصوتي سهو لا خفاء فيه وإن تبعه على ذلك السهو البرزلي، اللهم إلا أن يكون هناك عرف وقت اليالصوتي بأن لا بقيت بمعنى لأنتقلن عندهم، وذلك هو اللائق بجلالة إمامته اهـ باختصار.
وقوله: إن بقيت الخ. يعني والحال أن إن نافية لا شرطية.

السابع: إذا قال الرجل لامرأته: بالله الذي لا إله إلا هو إن خرجت امرأته من هذه الدار فهي عليه حرام، أو فالأيمان لازمة له أو قال: والله إن خرجت لأطلقنك أو لا كنت لي امرأة أبداً، أو قال: والله إن قبلت أو بتّ في هذه الدار لا قبلت أو بت على ذمتي ونحو ذلك، فالأمر في ذلك كله على التعليق لا التأكيد بمضمون الشرط، والجواب فكأنه قال: إن خرجت ولم يحرمها أو لم يطلقها لزمته اليمين بالله هذا هو الذي نسبه ابن عرفة للأكثر، وأفتى به ابن رشد وأصحابه فيمن قال لامرأته: والله إن تشاررت مع أمي وخرجت لخرجت إلا كخروجها فتشاررت وخرجت الأم فأفتوا بأنه لا يلزمه إلا كفارة اليمين بالله إن أراد البقاء على الزوجية. قاله في نوازل الزياتي عن سيدي العربي الفاسي قائلاً. وفي المعيار وغيره كثير من ذلك، وقد جزم أبو عبد الله المواق بأن ذلك حكمه حكم مسألة المدونة. ونصها، قال مالك: من قال لامرأته والله لأطلقنك فليس بمول ولا يمنع من الوطء، فإن شاء طلق فبر وإن لم يطلق لم يحنث إلا بموته أو موتها ولا يجبر على الكفارة اهـ. وقد سئل قاضي الجماعة ومفتيها أبو محمد عبد الواحد الونشريسي عمن حلف بالطلاق لامرأته لا كانت له امرأة أبداً. فأجاب له إحناث نفسه بالبقاء على الزوجية ويلزمه الطلاق الواحد إلا أن ينوي أكثر، وله الرجعة إن أحنث نفسه اهـ. وانظر نوازل الشهادات من المعيار فيمن شهد عليه واحد بالثلاث وشهد عليه آخر بالأيمان اللازمة هل تطلق أم لا؟.

الثامن: قال في المعيار أيضاً: ذكر ابن مرزوق أنه وقع في مجلس ابن عرفة نزاع فيمن وكل أو فوض لامرأته الطلاق فحلفت بالحرام وحنثت هل يلزمه الطلاق أم لا؟ قال: ولم أتحقق ما قاله الشيخ مما قاله غيره، فسئل عنها أبو عبد الله القروي فأجاب: بعدم اللزوم لأنه لم يجعل لها إيقاع الطلاق بالحلف، وتذكر عدم لزوم أيمان الوكيل لموكله اهـ بالمعنى.

التاسع: في نوازل الشفشاوني في سياق أجوبة لابن لب ما نصه: وسئل أيضاً عمن قال لزوجته: عليه الحرام أو اللازمة لا دخلت دار أبيك هذا العام هل يحمل العام على ما بقي منه أو يستأنف؟ فأجاب: إن كانت له نية أو بساط عمل عليهما، وإن لم تكن له نية ولا بساط فيحمل على بقية العام لأنه المحقق والذمة لا تعمر إلا بمحقق اهـ فتأمله.

٥٤٢ـ والبِكْرُ ذَاتُ الأَبِ لاَ تَخْتَلِعُ ... إلاَّ بِإِذْنِ حَاجِرٍ وَتُمْنَعُ

(والبكر) مبتدأ **(ذات الأب)** نعت له وجملة **(لا تختلع)** بالبناء للفاعل خبر **(إلا)** إبطال للنفي **(بإذن)** يتعلق بتختلع **(حاجر)** مضاف إليه **(وتمنع)** بالبناء للمفعول ونائبه ضمير البكر ومتعلقه محذوف أي وتمنع بغير إذنه، والجملة معطوفة على الجملة قبلها مفسرة لها في المعنى.

٥٤٣ـ وَجَازَ إنْ أَبٌ عَلَيْهَا أَعْمَلَهْ ... كَذَا عَلَى الثَّيِّبِ بَعْدَ الإِذْنِ لَهْ

(وجاز) فاعله ضمير الخلع **(إن)** شرط **(أب)** فاعل بفعل محذوف يفسره ما بعده **(عليها)**

(والبكر ذات الأب لا تختلع إلا بإذن حاجر) لها وهو أبوها **(وتمنع)** من الخلع بغير إذنه ولا يلزم إن وقع وبانت **(وجاز)** الخلع **(إن أب عليها أعمله)** ومثلها البكر المدخول بها إذا لم تطل إقامتها وطلقت قبل المسيس لأن له جبرها على النكاح، وكذا الصغيرة التي ثيبت قبل البلوغ على

يتعلق بقوله (**أعمله**) وقوله: (**كذا**) خبر لمبتدأ محذوف (**على الثيب**) يتعلق بأعمله محذوفاً لدلالة ما قبله عليه (**بعد الإذن**) يتعلق بأعمله المحذوف (**له**) يتعلق بالإذن. والتقدير: والحكم كائن كذلك إن أعمله الأب على الثيب بعد إذنها له، ومعناه أن البكر الصغيرة أو البالغ التي لم ترشد ولم يدخل بها زوجها أو دخل وطلقت قبل المسيس ولم تطل إقامتها سنة ومثلها الصغيرة التي ثيبت قبل البلوغ لا يجوز خلعها. وظاهره ولو خالعت بخلع أمثالها ويجب رد المال إن وقع وبانت. نعم إن أعمله الأب عليها بإذنها أو بغيره جاز، ولزم حيث كان نظراً لأنه معزول عن غير المصلحة، وظاهره: ولو بجميع صداقها وهو كذلك كما في المدونة وليس ذلك للوصي الغير المجبر، وأما المجبر فهو كالأب فلو قال الناظم:

والبنت ذات الجبر لا تختلع   إلا بإذن مجبر وتمنع

وجاز إن هو عليها أعمله الخ. لوفى بالمراد ويفهم منه أن الوصي الغير المجبر، ومثله مقدم القاضي ليس له ذلك في هذه البنت التي لو كان أبوها لجبرها إلا بإذنها فيجوز إن كانت بالغة وكان نظراً لها، وأما الصغيرة فلا يجوز خلعها، ولو أمضاه وصيها المذكور، وكذا خلع وصيها عنها بإذنها على المشهور المعمول به كما في ابن سلمون، وظاهر (خ) وشراحه أن ذلك يمضي من الصغيرة بإذنه وصرح به ابن رحال فقال: وأما خلع الوصي بموافقة محجورته السفيهة والصغيرة فيجوز اهـ. وهو أقوى إذ حيث فعلت بإذنه فهو الفاعل لذلك، وكذا إن أمضاه. وعلى ما لابن سلمون يكون في مفهوم المجبر على الإصلاح المذكور تفصيل بين الإذن وعدمه والصغيرة وغيرها. وقوله: كذا على الثيب الخ. هذا مفهوم قوله: البكر. ومعناه أن الثيب البالغة السفيهة يجوز للأب أن يخالع عنها من مالها بإذنها، وكذا الوصي ومقدم القاضي لأنه إذا جاز لهما الخلع في البكر البالغ بإذنها كما مر فأحرى في الثيب، ومفهوم قوله: بعد الإذن أن خلعه عنها بغير إذنها لا يمضي عليها وهو كذلك على المشهور المعمول به، ولها حينئذ مطالبة الزوج بصداقها والطلاق واقع. ولا يقال إذن السفيه كلا إذن فلم اشترطوه ههنا؟ لأنا نقول لاحظوا ههنا الضرر البدني، لكن من حجتها على الأب والوصي أن تقول إسقاطكما مالي عن زوجي لما يتقى من سوء عشرته لا يلزمني لأني أرضى بالبقاء معه على ذلك الحال، وفهم من قوله بعد الإذن له إنها إذا خالعته وحدها لا يمضي أيضاً، ولو خالعته بخلع وهو ظاهر قول (خ) لا من صغيرة وسفيهة الخ. والمراد بالسفيهة ههنا بكراً كانت أو ثيباً من ثبتت لها حالة السفه لأن العبرة بالحال لا الولاية فمن حالها حال الرشداء مضى خلعها، ولو كان لها حاجر، والعكس

القول يجبرها وشمل الثلاثة قول (خ) وجاز من الأب عن المسرة بخلاف الوصي، وفي خلع الأب عن السفيهة خلاف. اقتصر الناظم منه على أنه لا يجوز إلا أن يكون بإذنها ورضاها فقال: (**كذا**) أي يجوز خلع الأب (**على الثيب بعد الإذن له**) منها وهو قول ابن العطار وابن الهندي، وقال ابن أبي زمنين وابن لبابة: يجوز منه عليها لأنها بمنزلة البكر ما دامت في ولايته. ابن راشد: والأول هو المعمول به اهـ. وقوله بخلاف الوصي يعني على المشهور كما أفهمه الناظم أيضاً، وقال ابن عرفة: وفي خلع الوصي عن يتيمته دون إذنها. ثالثها إن لم تبلغ ثم قال: فالأرجح عقده على الموصي برضاها لا عليها بإذنه.

بالعكس والصغيرة لا تكون رشيدة إذ من شرطه البلوغ كما في ابن رحال. وظاهر كلام الناظم أنه لا فرق في هذه الثيب بين أن تكون ثيبت بوطء هذا المخالع لها أو بوطء غيره قبله، وأما المجبرة المتقدمة فإنه إذا بنى بها الزوج صارت ثيباً فلا بد من إذنها إلا أن تكون غير بالغة كما مرّ. وتقدم في البيت قبله أنه لا يجوز له العفو بعد البناء لأنها استحقته بالمسيس إلا أن يقال: إن الخلع هنا ليس عفواً لأنه لما يترقب من سوء العشرة، وفي المدونة إن خالع عنها بجميع الصداق بعد البناء قبل البلوغ جاز.

تنبيهات. الأول: سكت الناظم عن المهملة التي لا وصي عليها ولا مقدم. وفي مضي خلعها أن خالعته خلع أمثالها قولان. عمل بكل منهما كما في المتيطية. قال الرجراجي: المشهور أن خلعها لا يجوز، وقال في الفائق: المعمول به أنه لا يجوز من فعل المهملة شيء حتى يتم لها مع زوجها العام ونحوه اهـ. بنقل الشيخ بناني، وظاهر ذلك ولو خالعت بخلع أمثالها. واقتصر ابن سلمون على العمل بالمضي، وعزاه لابن القاسم وسحنون وكذا الفشتالي وصاحب الطرر فيفهم منهم أنه الراجح، ولا سيما وهو قول ابن القاسم وسحنون. وقد قال الشيخ طفي في باب الزكاة عند قول المتن والقراض الحاضر إلخ. أنه اشتهر عند الشيوخ أنه لا يعدل عن قول ابن القاسم مع سحنون إذا اجتمعا، وظاهر هذا النقل أن ذلك ماض ولو خالعته قبل مضي عام من دخولها ولو معلومة السفه، وسيأتي عن البرزلي ما يبين لك وجه ذلك، لكنه لا يتم في معلومة السفه على ما به العمل الآن من أن العبرة بالحال لا الولاية وما مرّ عن ابن سلمون والطرر والفشتالي من العمل المذكور إنما هو في زمانهم من أن المهمل تمضي أفعاله، وأن العبرة بالولاية لا الحال كما يفيده. نقل ابن عرفة فقف عليه، وقد علمت أن العمل ليس على ذلك الآن فلا تغتر بذلك. وانظر أيضاً لو خالعت بأكثر من خلع مثلها على ما لابن سلمون ومن معه هل يرد الزائد فقط وهو الظاهر أو يرد الجميع وهو ما يفيده؟ نقل ابن عرفة. وكذا لو خالع الأب أو الوصي بأكثر من خلع المثل فإنها ترجع على الزوج أو على الأب إن أعدم الزوج بالزائد فقط فيما يظهر لأنه القدر الذي فوت عليها ولا يقال يلزم من كون الخلع نظراً أن يكون بخلع المثل. لأنا نقول قد يكون الخلع نظراً في نفسه لأن النظر فيه مصروف لما يترقب من الزوج من سوء العشرة، ولكنه أكثر من خلع المثل فتأمله. وذكر ابن رحال ههنا أن ظاهر كلامهم جوازه من الأب ولو بأكثر من خلع المثل اهـ.

الثاني: قال ابن سلمون: ذكر ابن سعدون في شرح المدونة أن الزوج إذا شرط في خلع من تقدم أنه إن لم يصح له الخلع على ما وقع فالعصمة باقية إن شرطه ذلك ينفعه، ومتى طلب منه ما أخذ كانت له زوجة كما كانت اهـ. ومثله في الطرر والبرزلي وابن سلمون واعترضه (ح) بأنه خلاف المذهب، وفي المدونة وإن أعطته شيئاً على أن يطلق ويشترط الرجعة أو خالعها وشرط أنها إن طلبت شيئاً عادت زوجة فشرطه باطل والخلع يلزمه ولا رجعة له إلا بنكاح مبتدأ اهـ. هذا إذا لم يكن معلقاً ابتداء وإلاَّ فينفعه كما لو قال لصغيرة أو سفيهة أو ذات رق إن صحت براءتك فأنت طالق بعد قولها أبرأتك فلا يقع عليه الطلاق حتى يجيز وليها ذلك.

الثالث: محل الخلاف في قول (خ) وفي خلع الأب عن السفيهة خلاف إنما هو في خلعه

عنها بغير إذنها لأن أحد المشهورين يقول: لا يجوز إلا بإذنها والآخر يقول بالجواز مطلقاً فقد اتفقا على جوازه مع الإذن، وحينئذ فقول الناظم بعد الإذن له ليس هو أحد المشهورين في كلام (خ) بل محل اتفاق منهما فمنطوق الناظم يتفق عليه المشهوران معاً، ومفهومه فيه الخلاف المذكور، لكن المعمول به عدم المضي فقول ابن رحال ههنا: الراجح من الخلاف جواز خلع الأب عنها استقلالاً الخ. خلاف المعمول به.

الرابع: رجح البرزلي كما في المواق أن من فعل فعلاً لو كان رفع إلى القاضي لم يفعل غيره، فإنه يكون كأن القاضي فعله الخ. فيقتضي بظاهره أن الصغير والسفيهة ذواتا المقدم، بل والمهملة إذا خالعن خلع أمثالهن، وكان إيقاع الخلع أحسن لهن أن يمضي ذلك لأنهن لو رفعن أمرهن إلى القاضي لم يفعل غير ذلك، وهذا وإن كان قولاً قوياً في المذهب كما تقدم عن ابن سلمون في المهملة وقال مثله ابن القاسم في الصغيرة كما في المواق وضيح زاد في ضيح قيل: وبه العمل قال: ويلزم على قول ابن القاسم في الصغيرة أن يمضي خلع السفيهة بذلك ولو مولى عليها الخ. لكنه خلاف المذهب المعتمد من نفوذ الخلع ووجوب رد المال كما مر فلا تغتر بشيء من ذلك والله أعلم.

الخامس: لما نقل ابن عرفة قول المتيطي وابن فتحون للمحجورة أن تخالع بإذن أبيها أو وصيها وتقول بعد إذنه لما رآه من الغبطة قال: فالأرجح عقده على الوصي برضاها لا عليها بإذنه خلاف قصره بعضهم عليها بإذن الوصي اتباعاً منه للفظ الموثقين وأظنه لعدم ذكره قول ابن القاسم فيها وعليه لو بارأ غير الأب عن البكر فقال في اختصار الواضحة: الطلاق نافذ ويرجع الزوج بما يرده للزوجة على من باراه عنها وإن لم يشترط ضمانه لأنه المتولي وضعه عنه اهـ بلفظه. وعبارة المتيطية: فإن كانت الزوجة محجوراً عليها لأب أو وصي قلت في مخالعتها على أن أسقطت فلانة أو التزمت له بإذن أبيها كذا وكذا لما رأى في ذلك من الغبطة لها والحيطة عليها اهـ. ونحوه في ابن سلمون وقول ابن عرفة وعليه لو بارأ غير الأب الخ. هو أحد أقوال ذكرها ابن سلمون فقال: فإن عقد على اليتيمة أو غيرها ولي أو أجنبي فلها الرجوع على زوجها والطلاق ماض. وهل يرجع الزوج على الذي عقد معه الخلع إذا لم يضمن ذلك؟ فقيل: يرجع وإن لم يضمن لأنه هو الذي أدخله في الطلاق، وهذا لابن القاسم. وروايته عن مالك في كتاب الصلح من المدونة. وقول أصبغ في الواضحة والعتبية: وقد تقدم نقل كلامه عند قوله: وإن تكن قد خالعت وأثبتت أضراره الخ. وعلى ما لابن عرفة من كون الراجح عقده على الوصي برضاها يكون الراجح من تلك الأقوال هو الرجوع كما يدل عليه قوله: وعليه الخ.

٥٤٤ـ وَامْتَنَعَ الخُلْعُ على المَحْجُورِ إلاّ بِإذْنِهِ على المَشْهُورِ

(**وامتنع الخلع**) فعل وفاعل (**على المحجور**) يتعلق بالخلع (**إلا**) استثناء (**بإذنه**) يتعلق بالخلع أيضاً أي امتنع الخلع على المحجور الذكر البالغ بكل وجه من الوجوه إلا بإذنه فيجوز حينئذ لوليه

(**وامتنع الخلع على المحجور**) البالغ فلا يجوز لأبيه ولا لوصيه أن يخالع عنه (**إلا بإذنه على المشهور**) ومقابله يمضيه عليه مثل ما مرّ في النكاح (**والخلع جائز على**) الأولاد (**الأصاغر مع أخذ**

أن يخالع عنه ولو مقدماً من قاض (**على المشهور**) ومقابله قول ابن القاسم في الجنايات أنه يجوز لوصيه أن يخالع عنه بغير أمره.

٥٤٥ـ وَالْخُلْعُ جائِزٌ على الأصاغِرِ مَعْ أَخْذِ شَيْءٍ لأَبٍ أَوْ حاجِرِ

(**والخلع**) مبتدأ (**جائز**) خبره (**على الأصاغر**) يتعلق بالخلع (**مع**) بسكون العين ظرف مضاف لقوله (**أخذ شيء**) وقوله (**لأب أو حاجر**) يتعلق بالخبر المذكور أي: والخلع على الأولاد الأصاغر جائز لأب أو حاجر مع أخذ شيء من الزوجة أو وليها. وهذا إذا كان على وجه النظر كما في ضيح، وإنما أسقط المصنف هذا لأنه معلوم أن الولي لا يمضي تصرفه على المولى عليه إلا بالنظر. ابن ناجي: ظاهرها أنه لا يجوز خلعه عنه إلا بشرطين النظر مع الأخذ أما إن رآه نظراً دون أخذ فلا. قال: ورأيت شيخنا أبا العباس بن حيدرة حكم بمطلق النظر دون أخذ، وبه أقول وهو نص اللخمي اهـ باختصار. ويشمل قوله: أو حاجر خلع السيد عن عبده الصغير. ابن فتوح وابن فتحون: يجوز للأب ووصيه والسلطان وخليفته المباراة على الصغير بشيء يسقط عنه أو يؤخذ له لا غير ذلك. وكذا السيد في عبده الصغير. ابن عرفة: هذا خلاف قول اللخمي يجوز أن يطلق على السفيه البالغ والصغير بغير شيء يؤخذ له، لأنه قد يكون بقاء العصمة مبدياً لأمر جهل قبل إنكاحه أو حدث بعده من كون الزوجة غير محمودة الطريق أو متلفة ماله اهـ. وعلى الأول عول (خ) حيث قال: وموجبه زوج مكلف ولو سفيهاً وولي صغير أباً أو سيداً أو غيرهما لا أب سفيه وسيد بالغ الخ. وبه تعلم أن ما للخمي، واختاره ابن ناجي مقابل لما في النظم، وتعلم أيضاً أن قول ابن سلمون لا يجوز طلاق الأب والوصي على الصغير إلا بشيء يأخذانه له بلا خلاف لا يصح كما مر.

تنبيه: يؤخذ من قول الناظم إلا بإذنه أن السفيه يستقل بالخلع لأن المدار على إذنه ولأن الطلاق بيده وهو كذلك كما مرّ عن (خ) ويبقى النظر هل يبرأ المختلع بتسليم المال إليه أم لا؟ وهل إذا خالع بأقل من خلع المثل يكمل له أم لا. والمذهب أنه لا يبرأ إلا بتسليمه لوليه، وأنه يكمل له إن خالع بأقل من خلع المثل كما لابن شاس واللخمي، ورجحه ابن رحال في شرحه لأنه بنفس العقد يكمله ويصير مالاً من أمواله فكيف يبرأ دافعه بدفعه للسفيه المبذر له. ولأنه معاوضة بدليل أنه يكمل له خلع المثل إن خالع بأقل، ولو كان كالهبة كما قال ابن عرفة: إنه ظاهر الموثقين ما كمل له خلع المثل فانظره.

قلت: وانظر إذا خالع ولي الصغير عنه بأقل من خلع المثل هل يكمل له أو يبطل الطلاق من أصله، والظاهر الأول لأن حق الصغير لم يبق إلا في التكميل. نعم إذا كان الطلاق عليه من أصله غير نظر، فلا يمضي عليه حينئذ فالنظر لا بدّ منه على هذا في الطلاق والخلع معاً، وقد يوجد في أحدهما دون الآخر.

٥٤٦ـ وَمَنْ يُطَلِّقْ زَوْجَةً وَتَخْتَلِعْ بِوَلَدٍ مِنْهُ لَهُ وَيَرْتَجِعْ

شيء) من الزوجة أو وليها (**لأب أو حاجر**) متعلق بجائز ولا يجوز للأب ولا للوصي أن يطلق على الصغير إلا بعوض فينفذ ويعد عليه طلقة (**ومن يطلق زوجة وتختلع**) نفقة (**ولد منه**) متعلق بتختلع

(ومن يطلق) شرط وفعله **(زوجة)** مفعوله **(وتختلع)** بالجزم عطف على فعل الشرط **(بولد منه)** يتعلقان بتختلع وليس المجرور الثاني صفة للأول، بل هو مقدم عليه في التقدير **(له)** صفة لولد فصل بينه وبين موصوفه بأجنبي **(ويرتجع)** معطوف على تختلع.

٥٤٧ـ ثُم يُطَلِّقُهَا فَحُكْمُ الشَّرْعِ أَنْ لا يَعُودَ حُكْمُ ذاكَ الخُلْعِ

(ثم يطلقها) معطوف عليه أيضاً **(فحكم)** مبتدأ **(الشرع)** مضاف إليه **(أن لا يعود)** منصوب بأن **(حكم)** فاعل، والجملة في تأويل مصدر خبر المبتدأ أي فحكم الشرع عدم عود حكم **(ذاك الخلع)**. والجملة من المبتدأ والخبر جواب الشرط، وأشار بهذين البيتين إلى ما في أجوبة ابن رشد رحمه الله، وذلك أنه سأله أهل بطليوس عمن خالع امرأته على أن تحملت بنفقة ابنه منها إلى الحلم، ثم راجعها بنكاح جديد، ثم طلقها هل يسقط عن الزوجة ما تحملته بمراجعته إياها أم لا؟ وكيف إن طلبه بما تحملته وهي في عصمته بالمراجعة التي راجعها هل يقضي بذلك أم لا؟ فأجاب: إذا راجعها سقط عنها ما تحملته من نفقة ابنه ورجعت النفقة عليه ولا تعود عليها إن طلقها ولم تتحمل له بها ثانية وبالله التوفيق. ونقله ابن عات وغيره بالمعنى وبحث فيه **(ح)** في التزاماته فقال لم يظهر لي وجه سقوط النفقة عنها بمراجعته إياها إلا أن يكون فهم عنها أنها إنما التزمت النفقة على الولد ما لم تكن في عصمة الزوج اهـ. قال أبو العباس الملوي: وذلك لأنه حق للولد فلا يسقط بمراجعة أبيه أمه قال: ولكن في فائق الونشريسي ما ينتج منه دفع هذا البحث لأن الالتزام في الحقيقة حق للزوج لا للولد اهـ. من خطه.

قلت: الظاهر عدم دفع البحث المذكور لأن الالتزام وإن كان حقاً للزوج لا للولد لا يسقط عنها إلا بمسقط ولم يوجد، وأيضاً فإن الصبي قد يكون له مال فالحق حينئذ للولد لأن النفقة ساقطة عن أبيه، وقد يكون لا مال له فالحق حينئذ للزوج لكنه لم يسقط.

٥٤٨ـ وَإِنْ تَمُتْ ذَاتُ اخْتِلاعٍ وُقِفَا مِنْ مَالِهَا ما فِيهِ لِلدَّيْنِ وَفَا

(وإن تمت) شرط **(ذات)** فاعل **(اختلاع)** مضاف إليه **(وقفا)** بالبناء للمفعول جواب الشرط **(من مالها)** يتعلق بوقفا (ما) موصول نائب الفاعل **(فيه)** خبر مقدم **(للدين)** يتعلق بالاستقرار في الخبر المذكور **(وفا)** مبتدأ مؤخر والجملة صلة ما.

٥٤٩ـ لِلأَمَدِ الَّذِي إِلَيْهِ الْتُزِمَا وَهْوَ مُشَارِكٌ بِهِ لِلْغُرَمَا

(للأمد) يتعلق بوقفا أو بوفا واللام للغاية بمعنى إلى **(الذي)** نعت للأمد **(إليه)** يتعلق

(له) أي للزوج صفة لولد فصل بينه وبين موصوفه بأجنبي ضرورة **(ويرتجع)** له المطلق في العدة أو بعدها **(ثم يطلقها)** بعد أن عادت نفقة ابنه عليه كنفقتها **(فحكم الشرع)** إذا طلقها **(أن لا يعود حكم ذاك الخلع)** الأول، وهو لزوم إنفاقها على الولد إلا أن تلتزم له ذلك ثانياً.

(وإن تمت ذات اختلاع) أي من خالعت زوجها على أن تحملت بنفقة ولدها منه لمدة معلومة ثم ماتت أثناءها **(وقفا)** فالنفقة دين عليها فيوقف **(من مالها)** المتروك **(ما فيه للدين وفا للأمد الذي إليه التزما)** هو الإنفاق (و) إن كان عليها ديون فـ**(هو مشارك به)** أي بدينه **(للغرما)** ولا يقال هي عطية لم تجز فتبطل بالموت لأنا نقول: ليس بهبة، وإنما هو ثمن العصمة. وهذا بخلاف من التزم نفقة

بقوله: **(التزما)** بالبناء للمفعول ونائبه ضمير الإنفاق المفهوم من السياق والجملة صلة **(فهو)** مبتدأ عائد على الأب **(مشارك)** خبره **(به للغرما)** يتعلقان به والضمير المجرور عائد على الدين، والجملة من المبتدأ والخبر جواب عن سؤال مقدر فكأن قائلاً قال له: وإن كانت عليها ديون فهل يحاصص به؟ فقال: نعم فهو مشارك الخ. والمعنى أنه إذا خالعها على أن تحملت له بنفقة ولدها أو غير مدة معلومة كخمس عشرة سنة أو إلى البلوغ ونحو ذلك. ثم ماتت في أثناء المدة فإنه يوقف من مالها قدر مؤنة الابن إلى انقضاء المدة التي التزمتها فإن كان عليها ديون غير ما التزمته فإن للزوج محاصة غرمائها بما التزمته من نفقة ولده بأن يقال ما قدر ما يفي بنفقته في المدة الباقية، فيقال: كذا ويحاصص به مع أرباب الديون، وفهم من قوله: وقفاً أنه يوضع عند أمين ولا يدفع للأب وهو كذلك لأن الولد إذا مات بعد ذلك فإن الباقي مما وقف يرجع ميراثاً لورثتها أو لأرباب الديون إن بقي لهم شيء من ديونهم كما في الوثائق المجموعة وابن سلمون وغيرهما. ومفهوم قوله: وإن تمت أنها إذا لم تمت بل مات الولد أنه لا شيء للأب وهو كذلك كما مرّ في قوله: وليس للأب إذا مات الولد شيء الخ. وقولي مدة معلومة احترازاً من المجهولة بأن لا يضربا لذلك أجلاً أصلاً أو يضربا لذلك أجلاً مجهولاً كقدوم زيد أو يسر الأب فإن ذلك لا يجوز كما صرّح به ابن رحال في شرحه، وهو ظاهر لكثرة الغرر، لكن يبقى النظر إذا وقع ونزل ولا يخفى أن الطلاق نافذ ولا إشكال، وتقدم ما يجب في ذلك عند قوله: وليس للأب الخ. وعند قوله: والخلع بالإنفاق محدود الأجل الخ. ثم لا يخفى أن ما ذكره الناظم في هذين البيتين وفي اللذين قبلهما مفرع على قول المخزومي، ومن معه بجواز الخلع بالنفقة الزائدة على الحولين، وحينئذ فكان اللائق أن يقدم هذه الأبيات الأربعة ويجعلها بعد قوله: وجاز قولاً واحداً الخ، كما مر التنبيه عليه.

٥٥٠ـ وَمَوْقِعُ الثَّلاثِ فِي الخُلْعِ ثَبَتْ طَــلاقُــهُ وَالــخُــلْــعُ رُدَّ إنْ أَبَــتْ

(وموقع الثلاث) مبتدأ ومضاف إليه **(في الخلع)** يتعلق بالمبتدأ **(ثبت طلاقه)** فعل وفاعل خبر المبتدأ **(والخلع)** مبتدأ **(رد)** بضم الراء مبنياً للمفعول خبر المبتدأ، ويجوز قراءته بكسر الراء على أنه مصدر بمعنى المفعول، فالخبر حينئذ مفرد لا جملة **(إن أبت)** شرط حذف جوابه للعلم به فقوله: أبت يحتمل أنه من الإباية، والمعنى عليه أنها إذا أعطته ديناراً مثلاً ليطلقها واحدة أو ليطلقها وأطلقت فطلقها ثلاثاً، فإن الطلاق واقع والخلع مردود حيث لم ترض بالثلاث قاله ابن

صبي أو غيره إلى مدة ثم مات الملتزم أو فلس، فإنه يبطل الالتزام ولا يؤخذ من ماله شيء لأنه لم يكن في مقابله عوض، وغلط بعضهم فلم يفرق بينهما، وذلك منصوص في البيان والتنبيهات. انظر الالتزامات للحطاب. **(وموقع الثلاث في الخلع)** أي على التي خالعته بألف مثلاً على أن يطلقها واحدة فأخذ الألف وطلقها ثلاثاً **(ثبت)** طلاقه ولزم **(والخلع رد إن أبت)** الثلاث وكرهتها، وسواء كان هو كارهاً للطلاق أو راغباً فيه خلافاً للخمي لأن الثلاث تعيبها لامتناع كثير من الناس من تزوجها خوف جعلها إياه محفلاً فتسيء عشرته ليطلقها، فتحمل للأول. وعكس كلام الناظم لو قالت: طلقني ثلاثاً بألف فطلق واحدة استحق الألف على المنصوص قاله في الجواهر، وعليه اقتصر المؤلف.

سلمون. واستظهره ابن عرفة وابن رشد قائلين لأنه بطلاقه إياها ثلاثاً يعيبها لامتناع كثير من الناس من تزوجها خوف جعلها إياه محللاً فتسيء عشرته ليطلقها فتحل للأول، لكن قال ابن رحال في شرحه ما في ابن سلمون خلاف ظاهرها. وقال في حاشيته: ههنا يحتمل أن يكون قوله أبت من البتات الذي هو القطع وضميره للزوج لا من الإباية التي هي الامتناع وضميره للزوجة، ويكون حينئذ أشار إلى مضمون قول (خ) إن قال: إن خالعتك فأنت طالق ثلاثاً. وعليه فقول الناظم في الخلع يتعلق بمحذوف أي في التعليق على الخلع اهـ. وبالجملة فالمسائل ثلاث.

الأولى: أن تقول طلقني بألف مثلاً فيطلقها ثلاثاً وهذه هي التي في النظم وهو تابع في ذلك لابن سلمون واستظهار ابن راشد وابن عرفة والذي في (خ) وهو ظاهر المدونة أو نصها على ما في ضيح أن ذلك لازم لها.

الثانية: عكس ما في النظم وهي أن تقول له طلقني ثلاثاً بألف فيطلقها واحدة فإن الألف لازم لها أيضاً لأن المدار على البينونة وهي حاصلة بالواحدة فلا فائدة لاشتراطها الثلاث وبحث فيه ابن عرفة وأبو الحسن وابن عبد السلام: بأن الشرط المذكور قد يكون مفيداً لأن مقصودها بإعطاء العوض البعد منه على أتم الوجوه بحيث لا يبقى له فيها طلب، وذلك إنما يحصل بالثلاث، وأما الواحدة فقد يتوصل إلى مراجعتها بشفيع لا يمكنها رده اهـ. وإلى مسألة الناظم وعكسها أشار (ح) عاطفاً على ما يلزم فيه العوض بقوله: أو طلقني ثلاثاً بألف فطلقها واحدة أو بالعكس.

الثالثة: أن يعلق الثلاث على الخلع وهي التي أشار لها (خ) عاطفاً على ما يرد فيه العوض بقوله أو قال إن خالعتك فأنت طالق ثلاثاً فإنه إذا خالعها وقعت الثلاث مصاحبة لخلعه لأن الشرط والمشروط يقعان دفعة واحدة ضرورة اقتران المشروط مع جزء شرطه في الوجود، كما للوانوغي فلم يصادفها الخلع وهي زوجة فوجب رد المال، ولما كان كلام الناظم وابن سلمون مخالفاً لما في (خ) وظاهر المدونة أو نصها أوله ابن رحال بما مر على هذه المسألة الثالثة وإن كان ذلك بعيداً من لفظهما.

تنبيه: ما ذكره (خ) في المسألة الثالثة هو مذهب ابن القاسم، وذكر ابن رشد عن أشهب أن الزوج لا يرد الخلع قال: وهو المختار والصحيح في النظر والقياس إذ لا يكون المشروط إلا تابعاً لشرطه، فإذا كانت المصالحة سابقة للطلاق صحت ومضت ولم يرد الزوج ما أخذ فيها وبطل الطلاق المعلق عليها واحداً كان أو ثلاثاً لوقوعه بعد الصلح في غير زوجة اهـ.

قلت: تأمل قوله وهو المختار، والصحيح في النظر الخ. فإنه لا يجري على ما قالوه من وجهين أحدهما أنهم قالوا في المسألة السريجية وهي إن طلقتك فأنت طالق قبله ثلاثاً أن الشرط والمشروط يقعان دفعة واحدة، وجعلوها من المسائل التي ينقض فيها حكم الحاكم. وقوله: إن المشروط تابع لشرطه يوجب عدم وقوع الثلاث فيها وهو خلاف ما قالوه. ثانيهما: إن قوله وبطل الطلاق الخ. مخالف للمشهور ومذهب المدونة من أنه إذا اتبع الخلع طلاقاً من غير صمات نسقاً لزم وارتدف كما لو نسقه في غير المدخول بها، فهو وإن سلمنا أن المشروط تابع لشرطه

كما قال لزم أن يقع الثلاث على المشهور لوقوعها متصلة بالخلع فهو قد اختار وصحح رحمه الله المقابل في الصورتين، وذلك على عادته في كونه يختار خلاف المذهب لرجحانه عنده فلا اعتراض عليه، ومثله وقع له فيمن أعتق أم ولده على أن سلمت له ولده الصغير منها فقال ابن القاسم: ذلك لا يجوز ويرد الولد إليها أي والعتق ماض، وقال مرة: ذلك لازم لها فقال ابن رشد: الأصل في هذا أنه رأى الإسقاط مقدماً على العتق، ومرة رأى العتق مقدماً على الإسقاط فألزمها إياه والأظهر أنه يلزمها لأنهما إذا وقعا معاً فقد وقع واحد منهما قبل كمال صاحبه اهـ. على نقل ابن عات، فاستظهاره وتعليله رحمه الله في هذه موافق لاختياره وتعليله في الأولى. وقال أيضاً في بيانه: لأن الطلاق والعتق لا يقع في الصحيح من الأقوال بنفس تمام اللفظ به، وإنما يقع بعد مهلة يتعذر فيها وذلك بين من قولها والذي يقول لامرأته قبل الدخول أنت طالق أنت طالق أنت طالق في نسق أنه يلزمه الثلاث، إذ لو كان الطلاق يقع بتمام اللفظ به لم يلزمه إلا طلقة واحدة اهـ. وقال في تكميل المنهج:

هل يقع الشرط مع المشروط في ... مرة أو مرتين فاقتفي
تعليقه الثلاث بالخلع لذا ... كذلك العتق ببيع نفذا

فانظر تمامه. وقوله كذلك العتق هو قول (خ) في العتق وعتق على البائع إن علق هو والمشتري الخ. وانظر قواعد القرافي أيضاً.

فصل

٥٥١ـ وَمَوقِعُ الطَّلاقِ دُونَ نِيَّة ... بِطَلْقَةٍ يُفَارِقُ الزَّوْجِيَّة

(وموقع) مبتدأ (الطلاق) مضاف إليه (دون نية) يتعلق بموقع (بطلقة) يتعلق بـ(فارق الزوجية) مفعول به، والجملة خبر المبتدأ والرابط هو الفاعل بيفارق.

٥٥٢ـ وَقِيلَ بَلْ يَلْزَمُهُ أَقْصَاهُ ... وَالأَوَّلُ الأَظْهَرُ لا سِوَاهُ

(وقيل) مبني للمفعول ونائبه الجملة المحكية (بل) حرف إضراب (يلزمه أقصاه) جملة من فعل وفاعل ومفعول (والأول) مبتدأ (الأظهر) خبره (لا) عاطفة (سواه) معطوف والضمير المجرور بسوى عائد على الأول، والمعنى أن من قال لزوجته أنت طالق مثلاً ولا نية له في واحدة ولا أكثر فقيل: تلزمه واحدة وهو الأظهر عند الناظم من جهة النظر لأنه قد حصل بها مسمى الطلاق فلا وجه بإلزامه أكثر، وقيل يلزمه الثلاث احتياطاً والقولان ذكرهما ابن رشد في طلاق

فصل

(وموقع الطلاق) بأن قال أنت طالق (دون نية) منه لواحدة أو أكثر (بطلقة) واحدة (يفارق الزوجية) ولا يلزمه أكثر منها (وقيل بل يلزمه أقصاه) أي أقصى الطلاق وهو الثلاث احتياطاً قال الناظم: (والأول الأظهر لا سواه) لأنه قد حصل بها مسمى الطلاق فلا وجه لالتزامه أكثر، والقولان ذكرهما ابن رشد في طلاقي السنة. قال الشارح: وعلى الأول فهل تكون رجعية يرتدف عليها ما أوقعه في عدتها أو بائنة؟ وهو الأظهر لعدم معرفة الناس اليوم الطلاق الرجعي فلا يرتدف

السنة كما في ابن سلمون وابن عات، والخلاف مبني على الخلاف في اللفظ المحتمل لأقل ولأكثر إذا لم تصحبه نية هل يحمل على أقل ما صدقاته أو على أكثرها. وللمسألة نظائر قاله (م) ثم ما استظهره الناظم هو المشهور كما أفاده (خ) بقوله وتلزم واحدة إلا لنية أكثر. وقال ابن عرفة: وإن قال أنت طالق فهو ما نوى فإن لم ينو شيئاً فواحدة اهـ. وانظر ما مر عند قوله: وينفذ الطلاق بالصريح الخ. وعلى المشهور فهي رجعية يرتدف عليها كل طلاق أوقعه في عدتها كما لابن رشد وابن لب وغيرهما. وقال الشارح: الأظهر أنها بائنة لعدم معرفة الناس اليوم الطلاق الرجعي وما قاله ظاهر حيث كانوا لا يطلقون الطلاق في عرفهم إلا على البائن لأن ما به العرف في مثل هذا يتعين المصير إليه كما مر قبل هذين البيتين، وما ذكره ابن رحال عند قول الناظم: وفي المملك خلاف والقضاء الخ. مما يخالف ما الشارح غير ظاهر.

تنبيه: ذكر في الباب السادس عشر من الفائق أن القاضي أبا عبد الله المقري سئل عمن قال علي الطلاق لا أفعل أو لأفعلن فحنث، وله أكثر من واحدة ولم يقصد غير مطلق الطلاق. فأجاب بأنه يختار للطلاق واحدة. قال: ورأيت ذلك أضعف من قوله إحداكن أو امرأتي طالق لأن هذا مقيد لفظاً ومعنى، وذلك مطلق لفظاً محتمل للتقييد بهن معنى اهـ. ونقله (ت) في حاشيته على (ز) عند قول (خ) أو إحداكما طالق أو أنت طالق بل أنت طلقتا الخ. وقال عقبه: وعندي فيه نظر بل تطليق الجميع في هذه أولى من مسألة (خ) فتأمله اهـ. ورأيته كتب بخطه في بعض الهوامش في ذلك المحل ما نصه: أفتى المقري بأنه يختار، وبه أفتى سيدي عبد القادر الفاسي، ووجهه بتوجيه غير ظاهر، وأفتى سيدي يحيى السراج بأنه يلزمه في الجميع كمسألة إحداكما طالق وهو الموافق للمشهور اهـ.

قلت: وما قاله من أن هذا هو الموافق للمشهور ظاهر، وهو الذي يتعين المصير إليه وذلك لأن المطلق لفظاً المحتمل للتقييد معنى أقوى في الدلالة على العموم والشمول، فهذه أحرى في لزوم طلاق الجميع من مسألة (خ) وما قاله المقري معكوس فتأمله، بل هو مقابل للمشهور قال في الشامل ما نصه: وفي إحداكما أو امرأته طالق ولم ينو معينة طلقتا معاً على المشهور وقيل يختار اهـ. وقال ابن عرفة: وإن شهد عليه أنه طلق إحدى امرأتيه فهو كمن طلق ولا نية له يعني فيطلق الجميع، ولا فرق في ذلك بين التعليق كقوله: إن دخلت الدار فعلي الطلاق وغير التعليق كما مرّ عن الشامل و(خ) فلا تغتر بما للمقري، وإن تبعه عليه الشيخ عبد القادر الفاسي والشيخ (م) على ما وقف عليه بعضهم في جواب للثاني أيضاً.

٥٥٣ـ وَمَـا امْـرُؤٌ لِـزَوْجَـةٍ يَـلْـتَـزِمُ ... مِـمَّـا زَمَـانَ عِـصْـمَـةٍ يَـسْـتَـلْـزِمُ

(وما) موصولة مبتدأ وجملة **(امرؤ لزوجة يلتزم)** صلته والمجرور يتعلق بيلتزم والعائد محذوف أي يلتزمه **(مما)** بيان لما **(زمان عصمة)** ظرف يتعلق بقوله **(يستلزم)** والجملة صلة ما الثانية

عليها شيء، ثم أشار إلى من تزوج امرأة ثم التزم لها بعد عقد النكاح أن ينفق على ولدها الصغير مثلاً ثم طلقها وسقط ذلك عنه ثم راجعها فإنه يرجع عليه ذلك فقال: **(وما امرؤ لزوجة يلتزم مما)** أي من الأمور التي **(زمان عصمة يستلزمـ)**ـها ويأتي مثاله في البيت بعده ولو قدمه كان أولى **(فذا)** أي

والعائد محذوف أيضاً والتقدير: والذي يلتزمه المرء لزوجته من الأمور الآتية التي يستلزم بها في زمان العصمة.

٥٥٤ـ فَـذَا إِذَا دُونَ الـثَّـلاثِ طَـلَّـقَـا زَالَ وَإِنْ رَاجَـعَ عَـادَ مُـطْـلَـقَـا

(فذا) مبتدأ ثان **(إذا)** ظرف مضمن معنى الشرط خافض لشرطه منصوب بجوابه **(دون الثلاث)** ظرف يتعلق بقوله **(طلقا)** وقوله **(زال)** هو جواب إذا ومتعلقه محذوف أي زال عنه ما التزمه بهذا الطلاق، والجملة من إذا وجوابها خبر ذا **(وإن راجع)** شرط حذف معموله أي راجع الزوجة **(عاد)** جواب الشرط أي عاد عليه ما كان التزمه أولاً **(مطلقاً)** حال من فاعل عاد والجملة من هذا الشرط، والجواب معطوفة على الجملة قبلها، والجملة من المبتدأ الثاني وخبره وما عطف عليه خبر المبتدأ الأول، ودخلت الفاء في الخبر لشبه الموصول بالشرط في العموم والإبهام.

٥٥٥ـ مِـثْـلُ حَـضَـانَـةٍ وَالإِنْـفَـاقِ عَـلَـى أَوْلادِهَـا وَمِـثْـلُ شَـرْطٍ جُـعِـلا

(مثل) خبر لمبتدأ محذوف أي وذلك مثل **(حضانة)** مضاف إليه **(والإنفاق)** بنقل حركة الهمزة معطوف على ما قبله **(على أولادها)** يتعلق بالإنفاق **(ومثل)** معطوف على مثل الأول **(شرط)** مضاف إليه **(جعلا)** بالبناء للمفعول صفة لشرط، ومعناه أن الزوج إذا التزم لزوجته بعد عقد النكاح عليها مثل الحضانة على أولادها والنفقة عليهم في زمان عصمتها، أو شرط لها في عقد النكاح أو بعده أن لا يخرجها من بلدها أو لا يغيب عنها أو لا يتزوج ولا يتسرى عليها، وإن فعل فأمرها بيدها أو فالتي يتزوجها طالق فإنه في ذلك كله إذا طلقها دون الثلاث فإن ذلك يسقط عنه، وإن راجعها رجع عليه ما كان التزم مطلقاً اشترط رجوع ذلك عليه ثانياً أم لا. كان لها اختيار في الطلاق كما لو طلقها بخلع أم لا. كان الطلاق عليه جبراً لضرره بها أم لا. وظاهره أنه إذا راجعها يعود عليه ذلك ولو راجعها بعد زوج، ومفهوم دون الثلاث أنه إذا طلقها ثلاثاً ولو في مرات ثم راجعها بعد زوج فإنه لا يعود عليه ذلك إلا بشرط وهو كذلك، وقولي بعد عقد النكاح احترازاً مما إذا التزم لها الإنفاق في صلب العقد وفات بالدخول فإنه لا يلزمه ذلك في النكاح الأول فأحرى أن لا يعود عليه في المراجعة كما مرّ في فاسد النكاح بخلاف الشروط المتقدمة فإنه لا فرق بين التزامها في العقد أو بعده كما قررنا، والظاهر أنه لا مفهوم لقوله زمان عصمة، بل كذلك إذا قال مدة الزوجية أو ما دامت تحته ونحو ذلك كما يقتضيه نص ابن رشد وعليه فلو قال الناظم:

وإن زوج لـزوجـة يـلـتـزم مـثـل حـضـانـة وشـرط يـبـرم

فإن يكن دون الثلاث طلقا الخ.

فهذا الملتزم بالكسر **(إذا)** كان طلق **(دون الثلاث طلقاً زال)** بالطلاق عنه ما التزمه **(وإن راجع)** الزوجة **(عاد)** عليه ما كان التزمه أولاً **(مطلقاً)** اشترط عوده عليه ثانياً أم لا وذلك الملتزم بالفتح **(مثل حضانة)** لأولادها **(والإنفاق على أولادها)** من غيره وكسوتهم وسكناهم فإن لم يتعرضا للكسوة، فهل تدخل في النفقة أو لا؟ رجح ابن عرفة دخولها وفي ذلك قلت:

وتـدخـل الـكـسـوة فـي الإنـفـاق عـلـى الـمـرجـح لـدى الإطـلاق

لكان أشمل وأخصر وأبين وما ذكره الناظم في هذه الأبيات هو كذلك في ابن سلمون وابن عات عن ابن رشد ونقله (ح) في التزاماته، واعتمده (ز) وغيره عند قول (خ) وزائد شرط الخ. وتقدم عكس هذه المسألة في قول الناظم: ومن يطلق زوجة وتختلع الخ.

تنبيهات: الأول: فإن التزم الإنفاق ولم يتعرضا للكسوة فهل تدخل الكسوة؟ رجح ابن عرفة دخولها قال (ت) وفي ذلك قلت:

وتدخل الكسوة في الإنفاق   على المرجح لدى الإطلاق

قلت: ذكر (ح) أوائل الالتزامات كلام ابن رشد وابن سهل وغيرهما. وحاصله: أن الملتزم إذا قال: أردت دخولها أو عدم دخولها عند الإطلاق صدق كما يصدق أيضاً إذا قال: أردت شهراً أو سنة عند الإطلاق في المدة أيضاً، وإن قال لا نية له لا في الدخول ولا في عدمه فالذي يظهر من ابن رشد أن لفظ النفقة يطلق في العرف على الطعام والكسوة وعلى الطعام فقط، وأن الأول هو المشهور، فإذا أطلق الملتزم اللفظ ولم تكن له نية حملت على الأول لأنه المشهور وإن ادعى الملتزم أنه أراد الأخير قبل مع يمينه، وإلى هذا يرجع كلام ابن سهل والمتيطي اهـ. وبالجملة؛ فهي داخلة حيث لا نية ولا عرف بتخصيص النفقة بالطعام وإلا لم تدخل ومن تأمل عرف عامتنا اليوم وجدهم لا يطلقونها على الكسوة بحال فلا تلزمه الكسوة عند الإطلاق وعدم النية كما يفيده كلام (ز) وغيره أول النفقات، وتقدم في الفصل قبل هذا أن العرف يخصص العام، ويقيد المطلق.

الثاني: ليس لها أن تسقط عن الزوج نفقة أولادها حيث عادت لأنه مال وهب لأولادها لا حق لها فيه كما مر أول الخلع، وكذا لو كان الشرط طلاق من يتزوجها عليها أو عتق من يتسرى بها لأنه حق لله.

الثالث: قال الشيخ (م) ههنا ما معناه انظر إذا تطوع بنفقة أولادها مدة الزوجية هل تنقطع ببلوغه عاقلاً قادراً على الكسب كما تنقطع بذلك عن الأب أو لا تنقطع إلا بموت أحد الزوجين أو فراقهما لقوله في الوثيقة مدة الزوجية وفي التزامات (ح): عن الطرر وابن سلمون أنها تنقطع ببلوغه عاقلاً قادراً قال (ح) وهو خلاف ظاهر قوله في معين الحكام ومختصر المتيطية إذا طاع الزوج بنفقة ابن الزوجة جاز بعد ثبوت العقد وإن كان في العقد لم يجز للغرر إلى آخر كلام (م).

قلت: معنى كون ما لابن سلمون والطرر خلاف ظاهر ما للمعين والمتيطية أنه في المعين والمتيطية أطلق في الجواز بعد العقد فظاهرهما أنه لازم مدة الزوجية ولو عاقلاً قادراً على الكسب، ولهذا زاد (ح) إثر ما مر عن المعين والطرر ما معناه: ويحتمل أن يكون ما في ابن سلمون والطرر تقييداً لما في المتيطية والمعين وهو الظاهر اهـ. ثم رأيت أبا العباس أحمد الملوي رحمه الله نقل عن البساطي في وثائقه أنه استشكل ما لابن سلمون والطرر فإنه التزم النفقة مدة الزوجية فلم أسقطنا عنه النفقة بقدرته على الكسب؟ قال: وكأنهم لاحظوا أن سبب التزامه إسقاط كلفتهم عن الأم وبقدرتهم على الكسب انتفت العلة كما قالوا فيمن اختلعت بنفقة الولد اهـ. وبه تعلم أن ما استظهره (ح) من التقييد صواب، وأن المعمول عليه هو ما لابن سلمون والطرر والله أعلم.

٥٥٦ـ كَذَا جَرَى العَمَلُ في التَّمْتِيعِ بِأَنَّهُ يَرْجِعُ بِالرُّجُوعِ

(كذا) يتعلق بمحذوف حال من مضمون ما بعده **(جرى العمل)** فعل وفاعل **(في التمتيع)** يتعلق بجرى أو بالعمل **(بأنه)** يتعلق بجرى أيضاً **(يرجع)** خبر إن **(بالرجوع)** يتعلق به، والتقدير: جرى العمل في التمتيع برجوعه بالرجوع حال كونه كائناً كذلك أي كرجوع ما التزمه الزوج لزوجته.

٥٥٧ـ وَشَيْخُنَا أَبُو سَعِيدٍ فَرَّقَا بَيْنَهُمَا رَدّاً عَلَى مَنْ سَبَقَا

(وشيخنا) مبتدأ **(أبو سعيد)** بدل **(فرقا)** فعل وفاعل **(بينهما)** يتعلق به. والجملة خبر المبتدأ **(رداً)** مصدر بمعنى الفاعل حال من فاعل فرق **(على من سبقا)** يتعلق بالحال المذكور.

٥٥٨ـ وَقَالَ قَدْ قَاسَ قِيَاساً فَاسِدا مَنْ جَعَلَ البَابَيْنِ بَاباً وَاحِدا

(و) ضمير **(قال)** يعود على المبتدأ المذكور، والجملة معطوفة على جملة فرقا **(قد قاس)** محكي بقال **(قياساً)** مصدر نوعي **(فاسداً)** نعت له. **(من)** موصول فاعل بقاس **(جعل)** صلة من **(البابين)** مفعول أول بجعل **(باباً)** مفعوله الثاني **(واحداً)** نعت له.

٥٥٩ـ لأَنَّهُ حَقٌّ لَهُ قَدْ أَسْقَطَهْ فَلاَ يَعُودُ دُونَ أَنْ يَشْتَرِطَهْ

(لأنه) تعليل للفساد **(حق له)** خبر إن **(قد أسقطه)** نعت لحق **(فلا يعود)** جملة من فعل وفاعل معطوفة على جملة قد أسقطه **(دون)** متعلق بيعود **(أن يشترطه)** في تأول مصدر مخفوض بالإضافة.

٥٦٠ـ وَذَاكَ لَمْ يُسْقِطْهُ مُسْتَوْجِبُهُ فَعَادَ عِنْدَ مَا بَدَا مُوجِبُهُ

(وذاك) مبتدأ **(لم يسقطه مستوجبه)** جملة من فعل وفاعل خبر المبتدأ. ومعنى مستوجبه

(ومثل شرط جعلا) لها كأن لا يخرجها من بلدها أو لا يتزوج عليها أو لا يتسرى وإن فعل شيئاً من ذلك فأمرها بيدها فإذا طلقها ثم راجعها عاد عليه متى كان الطلاق دون الثلاث كما قال الناظم: فإن طلقها ثلاثاً ثم عادت بعد زوج لم يعد عليه شيء مما كان ملتزماً لأنها كأجنبية.

فرع: وليس لها أن تسقط عن الزوج نفقة أولادها حيث عادت ولا ينفعه ذلك، وكذا لو كان الشرط طلاق من يتزوجها لأنه حق لله.

(كذا) أي كما يعود على الزوج ما كان تطوع به زمن العصمة من إنفاق على أولاد أو غيره **(جرى العمل في التمتيع)** أي ما متعت به المرأة زوجها بعد العقد من دار يسكنها أو ضيعة يستغلها لا في العقد ففاسد فيهما كما مر، ثم طلقها فزال عنه ثم راجعها جرى العمل **(بأنه يرجع)** له التمتيع **(بالرجوع)** إذ لا فرق **(و)** لكن **(شيخنا)** وهو شيخ الشيوخ **(أبو سعيد)** بن لب الثعلبي الغرناطي إمامها **(فرقا بينهما رداً على من سبقا)** ممن سوى بين تمتيع الزوجة للزوج والتزامه لها وهو الجزيري صاحب المقصد المحمود. **(وقال)** عطف على فرق أي فرق وقال **(قد قاس)** الجزيري **(قياساً فاسداً من جعل البابين باباً واحداً)** مع اختلافهما ووجود الفرق بينهما **(لأنه)** أي التمتيع من الزوجة للزوج **(حق له قد أسقطه)** باختياره إذ طلقها **(فلا يعود دون أن يشترطه وذاك)** أي ما كان للزوجة عليه من الالتزام. **(لم يسقطه مستوجبه)** وهو الزوجة أو أولادها **(فعاد عندما بدا موجبه)** وهو

مستحقه ولو عبر به لكان أوضح (فعاد) جملة معطوفة على جملة لم يسقطه (عند) يتعلق بعاد (ما) مصدرية (بدا موجبه) صلتها. والموصول وصلته في تأويل مصدر مخفوض بالإضافة أي عند بدء موجبه، وأثبت الناظم صلة غير الفتح في الإضمار ضرورة على حد قوله:

ومهمه مغبرة أرجاؤه كأن لون أرضه سماؤه

٥٦١- وَالأَظْهَرُ العَوْدُ كَمَنْ تَخْتَلِعُ فَكُلُّ مَا تَتْرُكُهُ مُرْتَجَعُ

(والأظهر) مبتدأ (العود) خبره (كمن) خبر مبتدأ مضمر (تختلع) صلة من والرابط ضمير الفاعل العائد على من (فكل) مبتدأ (ما) موصولة في محل جر بالإضافة واقعة على الشروط فقط لا عليها وعلى ما تدفعه خلعاً كما يقتضيه عموم ما وبه قرره ولده لأن المخالع به لا يرتجع إلا بنص عليه عند الارتجاع (تتركه) صلة ما. وهو بمعنى الماضي أي: فكل ما تتركه من حقها بسبب الطلاق والرابط الضمير المنصوب (مرتجع) خبر المبتدأ وهو بفتح الجيم، ومعنى هذه الأبيات الست أن الزوجة إن أمتعت زوجها بعد عقد النكاح بسكنى دارها أو استغلال ضيعتها ونحو ذلك مدة عصمتها مثلاً ثم طلقها دون الثلاث فلا سكنى له ولا استغلال فإن راجعها رجعت له السكنى والاستغلال إلا إذا طلقها ثلاثاً، ثم راجعها بعد زوج لم يرجع له شيء حينئذ من التمتيع المذكور فلا فرق بين ما التزمه الزوج لزوجته الذي تقدم الكلام عليه في قوله: وما أمرؤ لزوجة يلتزم الخ. وبين ما التزمته الزوجة لزوجها من السكنى والاستغلال ونحوهما فإن كلاً منهما يسقط بالطلاق ويعود بالمراجعة إلا أن يطلق ثلاثاً كذا قال الجزيري في وثائقه وإياه تبع الناظم حيث قال: كذا جرى العمل بالتمتيع الخ. ثم أخبرنا الناظم أن شيخه أبا سعيد رحمه الله فرق بين المسألتين رداً على من سبق وهو الجزيري المذكور، وقال: إن من قاس مسألة الإمتاع على مسألة التزام الزوج فقياسه فاسد لأنه في مسألة الإمتاع الحق للزوج، وقد أسقط حقه منه باختياره الطلاق لأنه بيده فلا يعود إليه بالمراجعة إلا بإمتاع ثان، وأما ما التزمه الزوج لزوجته من الشروط والإنفاق على أولادها فإن الحق فيه للزوجة أو لبنيها وهم لم يسقطوا حقهم، أما الزوجة فلأنه لا طلاق بيدها حتى تكون به مسقطة حقها. وأما الأولاد فكذلك أيضاً هذا ما فرق به أبو سعيد. قال الناظم رحمه الله: والأظهر عنده العود كما قال الجزيري وشبه ذلك بالمختلعة في

المراجعة. وأثبت الناظم صلة غير الفتح في الإضمار ضرورة على حد قوله:

ومهمه مغبرة أرجاؤه كأن لون أرضه سماؤه

وقال الناظم: (والأظهر) ما قاله الجزيري وهو (العود) أي عود التمتيع (كمن تختلع) فإنها مختارة للفراق ومع ذلك (فكل ما تتركه) من الشروط بفراقها (مرتجع) برجعتها لا ما تركته من حالها من كالىء أو غيره فإنه لا يرجع برجعتها إلا أن تشترطه ولا قائل بعوده. والحاصل أن المطلقة تعود لها بالمراجعة شروطها ما بقي من العصمة شيء، وكذا التمتيع يعود للزوج عند الجزيري، ورده أبو سعيد بأن التمتيع أسقطه باختياره حيث طلقها والزوجة تطلق جبراً عليها إذ لا اختيار لها فيه لأنه بيده، ورده الناظم بالمختلعة فإنها تفارق باختيارها ومع ذلك تعود لها شروطها، وهو ظاهر. هذا تحرير المقام على ما ينبغي والله سبحانه وتعالى أعلم.

المسألة السابقة المشار إليها بقوله: وما امرؤ بزوجة الخ. فإنها تفارق باختيارها ولها سبب فيه، ومع ذلك تعود لها شروطها وهو معنى قوله: فكل ما تتركه الخ.

قلت: ما قاله أبو سعيد رحمه الله أظهر لأن تلك الشروط إن كانت حقاً لله تعالى كطلاق من يتزوجها أو عتق من يتسرى بها عليها أو حقاً لغيرها كنفقة الأولاد وحضانتهم فلا تسقط قطعاً، ولا يكون اختيارها الطلاق بالخلع سبباً في إسقاط تلك الشروط عند المراجعة، وإن كانت حقاً لها فقط كجعل أمرها أو أمر الداخلة عليها بيدها فاختيارها الطلاق بالخلع أيضاً مسبوق باختياره، فلذا عادت الشرط بالمراجعة ويدل على اختيارها الطلاق في الخلع مسبوق باختياره ما قالوه في المختلعة في المرض على ما مرّ، وذلك لأن الزوج إذا أجاب زوجته للخلع فقد أظهر لها عدم رغبته فيها فلا يسعها حينئذ إلا بدله لأن النساء يأنفن من الإقامة عند من أظهر لهن الرغبة عنهن فلا يتم القياس الذي قاسه الجزيري، واستظهره الناظم. وبالجملة لم يتمحض اختيارها في الخلع بل هو مسبوق باختياره بخلاف التمتيع فقد تمحض اختياره، ومن شرط القياس المساواة، والله أعلم.

فصل في التداعي في الطلاق

الفاء للسببية أي التداعي الحاصل بسبب الطلاق قاله (ت) وهذا الفصل هو المسمى عند الأقدمين بإرخاء الستور قاله الشارح.

٥٦٢ـ وَالزَّوْجُ إنْ طَلَّقَ مِنْ بَعْدِ البِنَا ... ولادِّعَاءِ الوَطْءِ رَدَّ مُعْلِنَا

(والزوج) مبتدأ **(إن طلق)** شرط **(من بعد البنا)**ء يتعلق بفعل الشرط المذكور، ومراده بالبناء خلوة الاهتداء **(ولادعاء الوطء)** مفعول بقوله **(رد)** وفاعله ضمير الزوج واللام زائدة لا تتعلق بشيء كما مر، والجملة معطوفة على جملة الشرط قبلها **(معلنا)** حال من فاعل رد.

٥٦٣ـ فالقَوْلُ قَوْلُ زَوْجَةٍ وَتَسْتَحِقْ ... بَعْدَ اليَمِينِ مَهْرَهَا الّذِي يَحِقْ

(فالقول قول زوجة) مبتدأ وخبر، والجملة جواب الشرط ولذا دخلت الفاء **(وتستحق)** فاعله ضمير الزوجة **(بعد اليمين)** يتعلق به **(مهرها)** مفعول به **(الذي)** صفة لما قبله **(يحق)** صلة الذي والرابط هو الفاعل بيحق، والجملة من تستحق وما بعده معطوفة على جواب الشرط

فصـــل في التداعي في الطلاق

في السببية أي التداعي الحاصل بسبب الطلاق **(والزوج إن طلق من بعد البناء)** أي: بعد أن خلا بزوجته خلوة اهتداء بأن سبقت إليه وأرخى الستر عليها وخلى بينه وبينها ثم طلقها فادعت الوطء لتأخذ الصداق كاملاً ونفاه هو وقال: لم أمسها وهو معنى قوله: **(ولادعاء الوطء رد)** أي وزد هو ادعاءها الوطء وزعم أنه لم يطأ فلام لادعاء زائدة لتقوية العامل الذي ضعف بسبب تأخره كقوله تعالى: ﴿إن كنتم للرؤيا تعبرون﴾ [يوسف:٤٣] **(معلناً)** حال من فاعل رد وهو تتميم **(فالقول قول زوجة)** ولو كانت مع الخلوة حائضاً أو محرمة أو نحو ذلك مما لا يحل وطؤها معه **(وتستحق بعد اليمين)** لأن إرخاء الستر شاهد عرفي فتحلف معه وتستحق **(مهرها الذي يحق)** لها وهو الحال أو ما

والشرط وجوابه خبر المبتدأ الذي هو الزوج، ومعناه أن الزوج إذا خلا بزوجته خلوة يمكن شغله منها، وإن لم يكن هناك ستر ولا غلق باب ثم طلقها بعد تلك الخلوة وهي مراد المصنف بالبناء كما مرّ فادعت هي المسيس وادعى هو عدمه فإن القول للزوجة بيمينها للعرف، إذ قل أن يفارقها قبل الوطء، وتستحق جميع مهرها الحال أو ما حل منه عند حلفها، وأما المؤجل فتستحقه عند حلول أجله، وظاهر النظم كانت حرة أو أمة رشيدة أو سفيهة تلبست بمانع وقت الاختلاء كحيض أم لا. وهو كذلك في الجميع (خ) وصدقت في خلوة الاهتداء، وإن بمانع شرعي، وفي نفيه وإن سفيهة أو أمة الخ. ثم لا يتمكن من ارتجاعها لإنكاره الوطء قاله في المتيطية وغيرها. وظاهر النظم أنه لا ينظرها النساء إن كانت بكراً وهو كذلك على المشهور والجاري على ما مرّ في العيوب أن النساء ينظرنها وهو الذي به العمل، وعليه فإن وجدنها مفتضة فقولها، وإلا فقوله مع اليمين فيهما أيضاً لأن شهادة النساء وحدهن في المال، أو ما يؤول إليه لا بد معها من اليمين، ومفهوم قوله من بعد البناء أنهما إذا اختلفا في المسيس بعد العقد عليها، ولم تثبت خلوة بينهما فإن القول للزوج حينئذ وهو كذلك قاله ابن حارث. ومفهوم قوله: رد معلناً أنه إذا أقر بالوطء فيه أخذ بإقراره، ولو أنكرت هي ذلك رشيدة كانت أو سفيهة وهو كذلك في السفيهة، وكذا في الرشيدة إن رجعت عن إنكارها إلى تصديقه قبل أن ينزع عن إقراره لا إن رجعت بعد نزعه فليس لها إلا نصف الصداق فإن استمر على إقراره واستمرت على تكذيبه، فهل لها جميع الصداق أو نصفه فقط تأويلان. ومفهوم قوله لادعاء الخ. أنهما إذا اتفقا على نفي الوطء فيعمل على قولهما وإن سفيهة أو أمة وهو كذلك كما مر عن (خ) لكن ذلك إنما هو بالنسبة للصداق، وأما بالنسبة للعدة ونفي الولد فلا إذ العدة تجب بمجرد الخلوة والولد لا ينتفي إن أتت به لستة أشهر فأكثر من يوم العقد ولو لم تعلم خلوة إلا بلعان.

٥٦٤ـ وَإِنْ يَكُنْ مِنهـا نُكُولٌ فَالْقَسَمْ عَلَيْهِ وَالْواجِبُ نِصْفُ ما الْتَزَمْ

(وإن يكن) شرط (منها) خبر يكن (نكول) اسمها (فالقسم عليه) جملة من مبتدأ وخبر جواب الشرط (والواجب) مبتدأ (نصف ما التزم) خبر، والجملة معطوفة على جملة الجواب قبلها وما واقعة على الصداق والعائد محذوف أي: نصف الصداق الذي التزمه.

٥٦٥ـ وَيَغْرَمُ الْجَمِيعَ مَهما نَكَلا وَإنْ يَكُن كَالابْتِنَاءِ قَدْ خَلا

(ويغرم) فاعله ضمير الزوج (الجميع) مفعوله (مهما) اسم شرط (نكلا) مجزوم المحل وألفه للإطلاق، ويصح أن تكون للتثنية. والجملة قبله يليه دليل الجواب، ومعنى كلامه واضح وإنما

حل عند حلفها، وتستحق المؤجل عند حلول أجله فإن نكلت حلف هو وسقط عنه نصف الصداق وهو قوله:

(**وإن يكن منها نكول فالقسم عليه والواجب نصف ما**) كان (**التزم**) من الصداق لأنه حينئذ طلق غير مدخول بها، فإن نكل كان نكوله تصديقاً لها ولزمه حينئذ جميعه وهو قوله: (**ويغرم الجميع مهما نكلا**) فالألف للإطلاق، ويصح أن تكون للتثنية هذا كله في خلوة الاهتداء، فإن كانت خلوة زيارة فالقول للزائر منهما على المشهور كما قال: (**وإن يكن**) الزوج قد خلا بها زيارة (**لا لابتناء قد خلا فالقول قول زائر**) فإن زارته وادعت المسيس فالقول قولها وإن زارها أو كانا زائرين معاً فالقول

وجب عليه غرم الجميع لأن النكول بالمنكول تصديق للناكل الأول.

ثم أشار إلى ما إذا كانت الخلوة لغير البناء بل لزيارة فقال: **(وإن يكن)** شرط واسمها ضمير الزوج **(لا)** معطوفة على مقدر متعلق بخلا **(لابتناء)** معطوف **(قد خلا)** خبر يكن أي وإن يكن قد خلا لزيارة لا لابتناء.

٥٦٦ـ فَالقَوْلُ قَوْلُ زَائِرٍ وَقِيلَ بَلْ لِزَوْجَةٍ وَمَا عَلَيْهِ مِنْ عَمَلْ

(فالقول) مبتدأ **(قول زائر)** خبره. والجملة جواب الشرط، وإذا كان القول للزائر، فإذا زارته هي وادعت المسيس فالقول قولها بيمينها وإن زارها أو كانا زائرين معاً عند الغير، فالقول قوله بيمينه لأن الرجل إنما ينشط في بيته غالباً **(وقيل)** مبني للمفعول نائبه الجملة المحكية بعده **(بل)** عاطفة على مقدر أي: وقيل لا يكون القول للزائر بل **(لزوجة)** مطلقاً **(وما)** نافية **(عليه)** خبر عن قوله **(من عمل)**.

٥٦٧ـ وَمَنْ كَسَا الزَّوْجَةَ ثُمَّ طَلَّقَا يَأْخُذُهَا مَعْ قُرْبِ عَهْدٍ مُطْلَقَا

(ومن) اسم شرط **(كسا الزوجة)** مفعول أول بكسا ومفعوله الثاني محذوف أي ثوباً **(ثم)** عاطفة الجملة التي بعدها على التي قبلها **(طلقا)** ألفه للإطلاق **(يأخذها)** فعل وفاعل ومفعول، والجملة جواب الشرط، والضمير عائد على الكسوة المفهومة من كسا **(مع)** بسكون العين يتعلق بيأخذ **(قرب)** مضاف إليه **(عهد)** كذلك **(مطلقاً)** حال من فاعل يأخذ.

٥٦٨ـ وَالأَخْذُ إنْ مَرَّتْ لَهَا شُهُورُ ثَلاثَةٌ فَصَاعِداً مَحْظُورُ

(والأخذ) مبتدأ **(إن مرت لها شهور)** فاعل بمرت **(ثلاثة)** الظاهر أنه خبر كان مقدرة مع اسمها، والجملة صفة أي يكون عدها ثلاثة **(فصاعداً)** والفاء حينئذ عاطفة، وأما رفع ثلاثة على أنه نعت أو عطف بيان، فليس هناك حينئذ ما يعطف عليه فصاعداً لأنه بالنصب **(محظور)** خبر المبتدأ وجواب الشرط محذوف للدلالة عليه، والمعنى أن من كسا زوجته ثوباً ونحوه الكسوة الواجبة عليه شرعاً، ثم طلقها طلاقاً بائناً ولا حمل بها ولما طلقها أراد أن يأخذ الكسوة فإنه يقضي له بها مطلقاً خلقت أم لا. لكن لا بد أن يقرب العهد بحيث يكون بين الطلاق وزمن الكسوة أقل من ثلاثة أشهر، وأما إن مضى لها ثلاثة أشهر، فأكثر فأخذه إياها ممنوع بخلاف النفقة إن كان عجلها لها فله أخذها مطلقاً أي: ما بقي منها مضت لها ثلاثة أشهر أو أقل أو أكثر فإن اختلفا فادعت هي أنها مضت لها ثلاثة أشهر فأكثر، وادعى هو أنه لم يمض لها ذلك، فالقول قوله وعليها إقامة البينة على ما ادعت لأنها تريد استحقاق الثوب قاله في الوثائق

قوله وعلته العرف، فإن الرجل إنما ينشط في بيته غالباً قال القاضي أبو محمد: وكل من حكم بقوله فلا بد من يمينه اهـ. **(وقيل بل)** القول **(لزوجة)** في خلوة الزيارة مطلقاً كانت في بيته أو بيتها كخلوة الاهتداء وإليه رجع مالك: **(وما عليه منه عمل ومن كسا الزوجة)** الكسوة الواجبة عليه **(ثم طلقا)** طلاقاً بائناً ولا حمل بها، ولما طلقها أراد أن يأخذ الكسوة **(يأخذها مع قرب عهد)** أي إن قرب زمان الطلاق من زمن الكسوة بأن يكون بينهما أقل من ثلاثة أشهر **(مطلقاً)** خلقت أم لا **(والأخذ إن مرت لها شهور ثلاثة فصاعداً محظور)** أي ممنوع فلا سبيل له إليها بخلاف النفقة فله أخذها.

المجموعة، ويأتي للناظم قريباً في قوله: وحيثما خلفهما في الزمن الخ. ثم ما ذكره الناظم في الطلاق يجري في الموت (خ) وردت النفقة لا الكسوة بعد أشهر الخ. وهذا في الكسوة الواجبة عليه كما مر سواء كانت تأخذها بفرض القاضي بأن رفعت أمرها إليه حتى فرضها لها أم لا. وأما الكسوة الغير الواجبة بأن أعطاها لها على وجه الهدية فهي لها في الطلاق موروثة عنها في الموت لأنها عطية قد حيزت. فإذا اختلفا فقال الزوج: هذه الكسوة هي الواجبة عليَّ وقالت هي أو ورثتها: بل هدية فهو ما أشار له الناظم بقوله:

٥٦٩ـ وَإنْ يَكونا اختَلَفا في المَلْبَسِ فـالـقَـوْلُ قَـوْلُ زَوْجَـةٍ فـي الأنْـفَـسِ

(وإن يكونا) شرط وألفه اسمها **(اختلفا)** خبرها **(في الملبس)** بضم الميم وفتح الباء اسم مفعول من ألبس يتعلق باختلف **(فالقول قول زوجة)** مبتدأ وخبر **(في الأنفس)** يتعلق بالخبر، والجملة جواب الشرط.

٥٧٠ـ وَالـقَـوْلُ لِـلـزَّوْجِ بِـثَـوْبٍ مُـمْـتَـهَـنْ وَلُـبْـسُ ذاتِ الـحَـمْـلِ بـالـحَـمْـلِ اقْـتَـرَنْ

(والقول) مبتدأ **(للزوج)** خبره **(بثوب)** يتعلق بالخبر أيضاً وباؤه للظرفية **(ممتهن)** صفة له، والمعنى أنهما إذا اختلفا في الكسوة وهي مراده بالملبس فقالت: هي هدية وقال هو: بل هي الواجبة عليَّ فإنه ينظر فإن كانت رفيعة لا يفرض مثلها على مثله، فالقول للزوجة بيمين أنها هدية، وإن كانت مما يفرض مثلها على مثله ويكسو مثله بها زوجته فالقول له مع اليمين، فالمراد بالممتهن ما يكسو به مثله زوجته، ويحتمل وهو الظاهر أن المراد بالممتهن المستخدم الذي لم تمض له ثلاثة أشهر كما يأتي، وعلى الأول فما ذكره من كون القول لها في الأنفس ظاهر إذا كان لها ثوب آخر على ظهرها تبتذله بدليل ما قبله ولم يدع هو أنه قد دفعه لها للتزين به فقط، وأما إذا لم يكن لها غيره على ظهرها أو كان عليها غيره، ولكن ادعى هو أنه دفعه للتزين فقط فالقول له إذ قد يكسو الرجل زوجته بأحسن صفة من كسوة أمثاله لها فيجري فيه التفصيل المتقدم بين مضي ثلاثة أشهر أم لا. وقد يدفعه لها للتزين حيث كان لها غيره إذ الزوج حينئذ قد علم أصل ملكه فلا يخرج من يده إلا على الوجه الذي قصده كما مر آخر الاختلاف في متاع البيت، اللهم إلا أن يكون هناك عرف بأن مثله يهديه الزوج لزوجته. قال في الطرر قبل ترجمة اللعان ما نصه: قال

تنبيه: كلام الناظم في الطلاق ومثله الموت كما في المدونة (خ) وردت النفقة لا الكسوة بعد أشهر، ابن فتحون: وهذا في الكسوة التي يفرضها القاضي، وأما ما كساها الزوج على وجه الهدية فلا شيء له فيها خلقت أم لا قرب عهدها أو بعد وهي موروثة عنها، فإن اختلفا فقال الزوج: هذه الكسوة مما فرض علي وقالت هي: بل مما أهديتها كان القول قول الزوج بيمينه إلا أن تكون الكسوة مما لا يفرض مثلها القاضي فيكون القول قولها اهـ. وإلى هذا الأخير أشار الناظم بقوله:

(وإن يكونا) أي الزوجان أو ورثتهما **(اختلفا في الملبس)** فقالت: أهديته لي وقال هو مما فرض علي **(فالقول قول زوجة في)** الثوب **(الأنفس)** الذي لا يفرضه القاضي لها **(والقول للزوج بثوب ممتهن)** الباء بمعنى «في» وقولنا طلاقاً بائناً احترازاً من الرجعية فإنها كالزوجة لها النفقة والكسوة، وقولنا: ولا حمل بها احترازاً من الحامل البائن، فإن لها النفقة والكسوة إلى أن تضع كما أفاده بقوله:

ابن تليد: إن ابتاع الرجل لزوجته كسوة مثل ثوب أو فرو، ثم تموت فيريد أخذها لم يكن له ذلك وهو موروث عنها، وكذلك قال بعض الشيوخ في الموت والطلاق، وبه العمل قال: وهذا إذا كانت لغير البذلة اهـ. فهو ظاهر بل نص في أن لها ثوباً آخر عليها تبتذله بدليل قوله: وهذا إذا كانت الخ. وظاهر أيضاً في أنها ادعت أو وارثها أن ذلك هدية كما هو نص الوثائق المجموعة، إذ لو قالت: هو لي لجرى على الاختلاف في متاع البيت، وبالجملة فأما أن تدعي أنه لها فهو ما مرّ في الاختلاف في متاع البيت، وأما أن يدعي هو أنه أهداه لها وهذا فيه وجهان. أحدهما: أن يدعي هو أنه من الكسوة الواجبة عليه كما مر، وثانيهما أن يدعي أنه دفعه لها للتزيين فقط ثم قال في الطرر إثر ما مر، قال ابن لبابة: وما اشتراه الرجل لزوجته أو اشترته لنفسها من ماله ولا ينكر عليها إذا تزينت به فإنه لها عاش أو مات. وقال أيضاً إنه لورثة الرجل إن مات عنها إلا أن تقيم البينة على هبة أو عطية قال غيره: وكذلك إن كان حياً بيمين وهو أحسن اهـ بلفظه، فقد حكى عن ابن لبابة قولين. والثاني منهما هو الذي رجحه، وعلى هذا الترجيح جرى الشاطبي في فتواه المنقولة في الشرح، حيث سئل عن امرأة قالت بعد وفاة زوجها في ثياب تشاكلها أن زوجها المتوفي ساقها لها أو أهداها لها وخالفها الورثة فقال: لا يسمع دعوى المرأة إلا ببينة وعلى الورثة اليمين أنهم لا يعلمون أن تلك الثياب من مال المرأة وليست هذه المسألة من الاختلاف في متاع البيت لأن المرأة مقرة بأن الثياب بأعيانها للزوج. قال: ولكن يبقى النظر في لباسها تلك الثياب وامتهانها يعني بحضرة المتوفي قال: والصحيح أن الرجل ليس له أخذ كسوة المرأة عند فراقها إذا كانت متبذلة فإن لم تبتذل كان له ارتجاعها، فهذه الثياب مثلها إن كانت الزوجة قد ابتذلتها فهي لها وإلاَّ صارت ميراثاً اهـ باختصار. وثياب البذلة هي ثياب المهنة المستخدمة وعليه فما صححه هذا الإمام هو ما مر عن (خ) فمرادهم بالبذلة ما كثر لبسها له بحضرة زوجها حتى خلق وبلي، ولو كان من ثياب الزينة. وأحرى إذا كان على ظهرها تبتذله كل يوم كما هو الظاهر من هذه الفتوى، فما في النظم حينئذ مخالف لإطلاق (خ) لا الكسوة بعد أشهر، وما في الطرر عن ابن تليد وابن لبابة في أول قوله مخالف بظاهره لذلك أيضاً، لكن ما لابن لبابة يمكن حمله على ما في (خ) بل يقيد بما إذا لم يمض لها ثلاثة أشهر فأكثر وهي تبتذلها بحضرته وإلاَّ فهي لها، وأما ما لابن تليد وهو ظاهر النظم فمخالف لإطلاق (خ) قطعاً، اللهم إلا أن يكون قوله: وهذا إذا كانت لغير البذلة معناه. وهذا إذا لم تبتذل ويمضي لها ثلاثة أشهر فيوافقه حينئذ ويكون معنى قول الناظم في الأنفس أي الذي ابتذل ومضت له المدة المذكورة، ومراده بالممتهن أي الذي يكسى مثله لمثلها أو لا يكسى، ولكن لم يبتذل ولم تمض له تلك المدة فالقول فيه للزوج حينئذ فتأمله والله أعلم. لكن كان الناظم في غنى عن هذين البيتين بالبيتين قبلهما، وقد تقدم الكلام على هذا آخر الاختلاف في متاع البيت.

(**وليس**) مبتدأ (**ذات الحمل**) مضاف إليه (**بالحمل**) يتعلق بقوله: (**اقترن**) والجملة خبر، والمعنى أن المطلقة طلاقاً بائناً وهي حامل تجب لها الكسوة بظهور الحمل وحركته كالنفقة على المشهور المعمول به، وروي عن مالك أنه لا شيء لها حتى تضع ثم تفرض لها النفقة والكسوة

(**وليس ذات الحمل بالحمل اقترن وحيثما خلفهما في الزمن**) الذي كساها فيه هل مضى له

مدة الحمل السابقة خيفة أن يكون ريحاً فينفش (خ): ولا نفقة بدعواها، بل بظهور الحمل وحركته فتجب من أوله إلى آخره. ابن العطار: يفرض لها في الكسوة ما تحتاج إليه من الجبة والكساء وغير ذلك قال: وينظر إلى غالب مدة الحمل، فإن قيل: تسعة أشهر، فيقال: كم قيمة الجبة، وفي كم تبلى فإن كانت تبلى لسنة ونصف دفع إليها نصف قيمتها تعمل به ما شاءت، وكذا في الكساء ويدفع لها القميص والمقنعة. انظر البرزلي أوائل النفقات. وقولنا بائناً احترازاً مما إذا كان رجعياً فإنها كالزوجية في النفقة والكسوة.

٥٧١ـ وَحَيثُما خُلْفُهما في الزَّمَنِ يُقَالُ لِلزَّوْجَةِ فِيهِ بيِّنِي

(وحيثما) اسم شرط وفعل الشرط محذوف أي حيثما وقع (خلفهما) اسم مصدر بمعنى اختلاف فاعل بوقع المقدر (في الزمن) يتعلق بخلف (يقال للزوجة) نائب عن الفاعل (فيه) يتعلق بيقال (بيني) فعل أمر وفاعله ياء المؤنثة المخاطبة، والجملة من فعل الأمر وفاعله محكية بيقال والجملة من يقال: وما بعده جواب الشرط. والمعنى أنهما إذا اختلفا في الزمن فقالت: مضى للكسوة ثلاثة أشهر وأنكر هو ذلك فإن القول للزوج، ويقال للمرأة أقيمي البينة على ما تدعيه كما مرّ عن الوثائق المجموعة، فإن عجزت حلف الزوج وله قلبها عليها كما قال:

٥٧٢ـ وَعَجْزُها يَمِينَ زَوْجٍ يُوجِبُ وَإنْ أرَادَ قَلْبَهَا فَتُقْلَبُ

(وعجزها) مبتدأ (يمين زوج) مفعول بقوله (يوجب) والجملة خبر (وإن أراد) شرط (قلبها) مفعول به (فتقلب) جواب الشرط، وإنما قلبت لأنها دعوى تحقيق، فإن حلفت استحقت وإلا فلا شيء لها لأن النكول بالنكول تصديق للناكل الأول.

فصل

٥٧٣ـ وَمَنْ يُطَلِّقْ طَلْقَةً رَجْعِيَّةً ثُمَّ أرَادَ العَوْدَ لِلزَّوْجِيَّةْ

(ومن يطلق) شرط (طلقة) مفعول مطلق (رجعية) نعت له (ثم) عاطفة الجملة التي بعدها (أراد العود) جملة من فعل وفاعل ومفعول (للزوجية) يتعلق بالفعل.

٥٧٤ـ فَالقَوْلُ لِلزَّوْجَةِ واليَمِينُ عَلَى انْقِضَاءِ عِدَّةٍ تَبِينُ

(فالقول) مبتدأ (للزوجة) خبره والجملة جواب الشرط (واليمين) مبتدأ (على انقضاء عدة)

ثلاثة أشهر ليوم الطلاق أم لا؟ فالأصل عدم مضيها و(يقال للزوجة فيه) أي في هذا الاختلاف (بيِّني) أي اثبتي البينة ومضي الأشهر فإن أثبتته استحقت وإلا حلف وأخذها وهو قوله: (وعجزها) عن الإثبات (يمين زوج) أنه ما كساها إلا منذ شهرين مثلاً (يوجب) هو أي العجز (وإن أراد) هو (قلبها) أي اليمين عليها (فتقلب) أي اليمين لأنها دعوى تحقيق، فإن حلفت استحقت وإلاَّ فلا شيء لها لأن النكول بالنكول تصديق للناكل الأول.

فصل

(ومن يطلق طلقة رجعية ثم أراد العود للزوجية) أي أراد رجعتها فزعمت انقضاء عدتها وأنها قد بانت وكذبها في ذلك (فالقول للزوجة واليمين على انقضاء عدة تبين) بضم التاء أي عصمتها وهو

يتعلق باليمين (تبين) بضم التاء مضارع أبان خبر عن اليمين أي: أن يمينها على انقضاء العدة تبين عصمتها وتخرجها من العدة قاله (م) ويحتمل أن خبر اليمين محذوف أي: واليمين على انقضاء عدتها واجبة عليها ولا تصدق بمجرد دعواها الانقضاء، وتبين حينئذ بفتح التاء مضارع بان إذا ظهر صفة لعدة وحاصل معنى البيتين أن الطلاق إذا كان رجعياً واختلفا في انقضاء العدة، فالقول للزوجة مع يمينها على ما درج عليه الناظم، وحكاه ابن الهندي عن مقالات ابن مغيث. والمشهور أن لا يمين عليها (خ): وصدقت في انقضاء عدة الإقراء والوضع بلا يمين ما أمكن اهـ. واختلف فيما يمكن انقضاء عدتها فيه فقال سحنون: أقل ما تصدق فيه أربعون يوماً. وقال ابن الماجشون: خمسون يوماً. وفي اختصار المتيطية قال في غير المدونة: ولا تصدق في أقل من خمسة وأربعين يوماً. قال: وبه جرى عمل الشيوخ انظره في باب الرجعة، ولعل الناظم إنما اعتمد القول باليمين مع أن المتيطي قد صرح إثر ما مرّ عنه بأنه ليس العمل على أن تحلف لفساد الزمان فقد قال ابن العربي: قلت الأديان بالذكران فكيف بالنسوان؟ فلا تمكن المطلقة من التزويج إلا بعد ثلاثة أشهر من يوم الطلاق، ولا تسأل هل كان الطلاق أول الطهر أو آخره وعليه صاحب اللامية حيث قال: وذات قرء في اعتداد بأشهر الخ. أي لا تصدق في أقل من ثلاثة أشهر لا أنها تخرج من العدة بثلاثة أشهر، ولو لم تحصل الإقراء الثلاث فإن هذا خلاف نص القرآن كما مرّ عند قول الناظم: ويملك الرجعة بالرجعي إلى قوله: وفي المملك الخلاف الخ. ثم محل كونها لا تصدق في أقل من ثلاثة أشهر على ما به العمل اليوم إنما هو إذا أرادت التزويج كما مر، وأما بالنسبة للرجعة التي الكلام فيها فإنها تصدق في كل ما يمكن انقضاؤها فيه كالشهر ونصفه على ما مر أن العمل عليه، بل ولو في الشهر فقط على ما مر في المدونة من أنها تصدق إذا قالت النساء إن ذلك يمكن وإلا لزم القدوم على فرج مشكوك، والفروج يحتاط لها. ولا سيما وقد علمت أنه روعي حق الله في عدم تصديقها في أقل من ثلاثة أشهر بالنسبة للتزوج على المعمول به اليوم فيقال: كذلك يراعى حق الله أيضاً في تصديقها فيما يمكن بالنسبة للرجعة بالأحرى، نعم إذا ادعت انقضاءها فيما لا يمكن أصلاً كأقل من شهر فلا تصدق وله ارتجاعها كما قال.

٥٧٥ـ ثُمَّ لَهُ ارْتِجَاعُها حَيْثُ الكَذِبْ ... مُسْتَوْضَحٌ مِنَ الزَّمَانِ المُقْتَرِبْ

(ثم) للترتيب الذكري (له ارتجاعها) مبتدأ وخبر (حيث) ظرف مضمن معنى الشرط خافض لشرطه منصوب بجوابه (الكذب مستوضح) مبتدأ وخبر والجملة في محل جر بإضافة حيث (من) للتعليل أي لأجل (الزمان) يتعلق بمستوضح (المقترب) صفة للزمان، وهو اسم فاعل منّ اقترب، والمعنى أنه إذا تبين كذبها بأن ادعت الانقضاء فيما لا يمكن كأقل من شهر فإنها

خبر عن قوله: واليمين، وهذا إذا اعتدت بالإقراء وادعت الانقضاء فيما يمكن غالباً كثلاثة أشهر، فإن أمكن نادراً كشهر سئل النساء، وقال سحنون: أقل ما تصدق فيه أربعون يوماً. وقال ابن الماجشون: خمسون يوماً، وإن ادعته فيما لا يمكن كأقل من شهر، فأقول له وتصح رجعته وهو قوله:

(ثم له ارتجاعها حيث الكذب مستوضح من) أجل (الزمان المقترب) ابن فتحون: إن استبان كذبها لقصر المدة راجعها على ما أحبت أو كرهت اهـ. وما ذكره الناظم من اليمين هو ما حكاه ابن

لا تصدق وله ارتجاعها جبراً عليها، وهذا كله فيمن تعتد بالأقراء، وأما التي تعتد بالأشهر كالمتوفي عنها واليائسة والصغيرة فلا تصدق واحدة منهن إلا ببينة على تاريخ الوفاة والطلاق بالنسبة للتزوج، وأما بالنسبة للرجعة حيث كان الطلاق بغير تاريخ فانظر هل تصدق المرأة اليائسة في الانقضاء وهو الظاهر أم لا؟ وانظر ما تقدم في التنبيه الرابع عند قوله ومتى من المرض الخ.

تنبيه: ذكر البرزلي في مسائل العدة والاستبراء أن الزوج إذا خاف أن تجحد مطلقته الحيض، فله أن يجعل معها أمينة صالحة تتعرف منها ذلك وتعرف إقراءها، وهل يعمل على قولها الخ.

قلت: وانظر إذا خشي أن تدعي الحيض في أقل ما يمكن فهل له ذلك لأنه يخشى أن تسقط رجعته وهو ما يقتضيه كلام البرزلي المتقدم أم لا.

٥٧٦ـ وَما ادَّعَتْ مِنْ ذٰلِكَ المُطَلَّقَة بِالسِّقْطِ فَهْيَ أَبَداً مُصَدَّقَة

(**وما**) اسم شرط (**ادعت**) فعله (**من ذلك**) يتعلق به (**المطلقة**) فاعل ادعت (**بالسقط**) حال من اسم الإشارة العائد على الانقضاء (**فهي**) مبتدأ (**أبداً**) منصوب على الظرفية يتعلق بالخبر الذي هو قوله: (**مصدقة**) والجملة جواب الشرط، ويحتمل أن تكون ما موصولة مبتدأ وصلتها ادعت والعائد محذوف أي ادعته والمجرور بيان لما، والجملة من قوله فهي أبداً الخ. خبر الموصول ودخلت الفاء في خبره لشبهه بالشرط في العموم والإبهام كقراءة ابن كثير قوله تعالى: ﴿إنه من يتقِ ويصبر فإن الله لا يضيع﴾ [يوسف: ٩٠] الآية. والمعنى أن المطلقة إذا ادعت انقضاء عدتها بوضع سقط أسقطته وأولى بوضع كامل فهي مصدقة أبداً قرب الزمان أو بعد، وظاهره أنها مصدقة بلا يمين وهو كذلك على المشهور كما مر.

٥٧٧ـ وَلا يُطَلِّقَ العَبِيدَ السَّيِّدُ إلاَّ الصَّغِيرَ مع شَيْءٍ يُرْفَدُ

(**ولا**) نافية (**يطلق العبيد**) مفعول بالفعل قبله أو منصوب على إسقاط الخافض وهو أظهر معنى (**السيد**) فاعل يطلق (**إلا**) استثناء من العموم في العبيد (**الصغير**) منصوب على الاستثناء أو

الهندي عن مقالات ابن مغيث، وليس بمشهور ولا معمول به (خ): وصدقت في انقضاء عدة الإقراء والوضع بلا يمين ما أمكن، وفي اختصار المتيطية قال في الكتاب: وقضى عثمان بن أبان في مطلقة ادعت انقضاء عدتها بعد خمسة وأربعين يوماً أن عدتها قد انقضت أنها مصدقة وتحلف وليس العمل على أن تحلف قال في غير المدونة: ولا تصدق في أقل من ذلك وبه جرى عمل الشيوخ اهـ. وهو مراد الزقاق بقوله:

وذات قرء في اعتداد بأشهر

أي: لا تصدق في أقل من بثلاثة أشهر، لا أنها تخرج من العدة بثلاثة أشهر ولو لم تحصل الإقراء الثلاث، فإن هذا لم يقله أحد، وهو خلاف نص القرآن العظيم اهـ. (**وما ادعت من ذلك**) أي من انقضاء عدتها (**المطلقة بالسقط**) متعلق بالانقضاء المعبر عنه بذلك (**فهي أبداً**) أي قرب الزمان أو بعد (**مصدقة**) ويريد بلا يمين كما مر (**ولا يطلق العبيد**) أي: لا يطلق على العبيد زوجاتهم فهو منصوب على إسقاط الخافض (**السيد**) لأن الطلاق لمن أخذ بالساق (**إلا**) العبد (**الصغير**) فلسيده أن

على إسقاط الخافض (مع شيء) حال (يرفد) بالبناء للمفعول صفة للشيء، والرفد بالكسر العطاء. ومعناه أنه ليس للسيد أن يطلق على عبيده من تزوجوه بإذنه جبراً عليهم، وإن فعل فلا يمضي طلاقه عليهم إلا طلاقه على الصغير منهم حال كونه مع شيء يرفد أي يعطي للصغير فإنه ماض نافذ عليه، وظاهره كان المخالع به للصغير منهم من عند الزوجة أو من غيرها ولو من السيد، وظاهر النظم كغيره أن المخالعة للصغير ماضية عليه ولو بأقل من خلع المثل ومثل العبد الصغير الحر الصغير كما قدمه الناظم في قوله:

والخلع جائز على الأصاغر مع أخذ شيء لأب أو حاجر

ابن عرفة: يجوز للأب ووصيه والسلطان وخليفته المبارأة على الصغير بشيء يسقط عنه أو يؤخذ له لا غير ذلك، وكذا السيد في عبده الصغير اهـ. ومفهوم قوله: مع شيء يرفد أنه ليس له أن يطلق عليه دون شيء يسقط عنه أو يؤخذ له ولو ظهر بالزوجة فساد وهو كذلك. وقال اللخمي: يجوز للولي أن يطلق على السفيه البالغ والصغير بغير شيء يؤخذ له إذ قد يكون بقاء العصمة فساد الأمر جهل قبل نكاحه أو حدث بعده من كون الزوجة غير محمودة الطريق أو متلفة ماله اهـ.

قلت: وينبغي أن يكون كلام اللخمي تقييداً للمذهب لأن من المصلحة حينئذ الطلاق، وإن كان غير واحد جعله خلافاً.

٥٧٨- وَكَيفَمَا شَاءَ الكَبِيرُ طَلَّقَا وَمُنتَهاهُ طَلقَتَانِ مُطلَقَا

(وكيفما) اسم شرط مفعول بجوابه الآتي **(شاء)** فعل الشرط **(الكبير)** فاعله **(طلقا)** جواب الشرط، والمعنى أن العبد الكبير البالغ ولو سفيهاً له أن يطلق زوجته حرة أو أمة كيفما شاء واحدة أو أكثر بخلع أو غيره، وسواء أذن له سيده في الطلاق أم لا. **(ومنتهاه)** مبتدأ **(طلقتان)** خبره **(مطلقا)** حال، والمعنى أن منتهى طلاق العبد طلقتان مطلقاً سواء أوقعهما معاً في حال رقه أو واحدة في حال رقه، والأخرى في حال عتقه لأن الواحدة التي أوقعها في حال رقه قائمة مقام واحدة ونصف فتكمل عليه لأنه لا يتشطر وتبقى له واحدة هي التي أوقعها في حال عتقه، وسواء أيضاً كان قناً خالصاً أو ذا شائبة، وسواء كانت زوجته حرة أو أمة، وهذا كله هو معنى الإطلاق الذي في النظم.

٥٧٩- لٰكِنَّ فِي الرَّجْعِيِّ الأَمْرُ بِيَدِهْ دُونَ رِضَا وَلِيِّهَا وَسَيِّدِهْ

يطلق عليه بالخلع وهو معنى قوله (مع شيء يرفد) بالبناء للمجهول أي يعطى للعبد.

(وكيفما شاء) العبد **(الكبير طلقا)** بخلع أو بغيره واحدة أو أكثر في مرة أو أكثر غير أنه لا يبلغ الثلاث (و) إنما **(منتهاه)** أي منتهى طلاقه **(طلقتان مطلقا)** أوقعهما في رقه أو واحدة في رقه، والأخرى بعد عتقه أما إن لم يطلق شيئاً حتى عتق فهو حر له الثلاث، وشمل الإطلاق أيضاً القن، وذا الشائبة، ومن زوجته حرة أو أمة، لأن الطلاق معتبر بالرجال والعدة معتبرة بالنساء، ثم إن بانت زوجة العبد منه لم يكن له ردها إلا برضا سيده ووليها كابتداء نكاح، وإن كان طلقها رجعياً

(لكن) حرف استدراك (في الرجعي) يتعلق بالاستقرار في خبرها (الأمر) بالنصب اسمها (بيده) يتعلق بالاستقرار في خبرها والضمير المضاف إليه راجع للعبد (دون) يتعلق بمحذوف حال (رضا) مضاف إليه (وليها) كذلك (وسيده) معطوف على وليها، والمعنى أن العبد القن ومن فيه شائبة رق إذا طلق زوجته طلاقاً رجعياً وقد مر تفسيره أول باب الطلاق فإن الأمر في الارتجاع وعدمه ثابت بيد العبد فإن شاء ارتجعها قبل انقضاء عدتها ولا يحتاج لإذن سيده في الارتجاع ولا لرضاها بل يرتجعها جبراً عليها وعليه، وإن شاء لم يرتجعها وإنما كان لا يحتاج لذلك لأن الرجعة ليست كابتداء النكاح، ولذا صحت ولو في المرض والإحرام (خ): يرتجع من ينكح ولو بكإحرام ومرض وعدم إذن سيد طلاقاً غير بائن في عدة صحيح حل وطؤه بقول مع نية الخ. ومفهوم قوله في الرجعي أنه إذا طلقها طلاقاً بائناً أو رجعياً وانقضت العدة فلا يراجعها إلا بإذن سيده ورضاها وهو كذلك لأن المراجعة حينئذ ابتداء نكاح.

٥٨٠- والحُكْمُ في العَبِيد كالأَحْرَارِ ... في غَايَةِ الزَّوْجَاتِ في المُخْتَارِ

(والحكم) مبتدأ (في العبيد) يتعلق به (كالأحرار) خبر (في غاية الزوجات) يتعلق بالاستقرار المقدر في الخبر وكذا قوله (في المختار). والمعنى: أن حكم العبيد حكم الأحرار في غاية الزوجات على القول المشهور، وهو قول مالك ومقابله لابن وهب أن الثالثة للعبد كالخامسة للحر قياساً على طلاقه، ووجه المشهور عموم قوله تعالى: ﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء﴾ [النساء:٣] الآية. قال في الذخيرة: للعبد مع الحر أربع حالات: تشطير كالحدود ومنه الطلاق ومساواة كالعبادات ومختلف فيه كعدد الزوجات وأجل الاعتراض والإيلاء والفقد وحد القذف، فعلى العبد النصف في جميع ذلك كله عند مالك وقيل بالمساواة وحالة سقوط كالحج والزكاة اهـ.

٥٨١- وَيَتْبَعُ الأولادُ في اسْتِرْقَاقِ ... لِأُمٍ لا لِأَبٍ بالإِطْلاقِ

ولم تنقض عدتها كان له أن يستقل بردها وهو قوله: (لكن في الرجعي الأمر بيده دون رضا وليها وسيده) لأن العصمة التي أذن له سيده فيها ما زالت بيده وليست الرجعة كابتداء نكاح (والحكم في العبيد كالأحرار في غاية الزوجات) فكما للحر أن يتزوج أربعاً كذلك (في) القول (المختار) قال مالك: أحسن ما سمعت فيه أن له أن يتزوج أربعاً إن شاء إماء وإن شاء حرائر وقال ابن وهب: الثالثة للعبد كالخامسة للحر قياساً على طلاقه ووجه المشهور عموم الآية: ﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع﴾ [النساء:٣] وقال في الذخيرة: للعبد مع الحر أربع حالات: تشطير كالحدود ومساواة كالعبادات ومختلف فيه كعدد الزوجات وأجل الإيلاء والعنة والفقد وحد القذف، فعلى النصف في جميع ذلك عند مالك وقيل بالمساواة وحالة سقوط كالزكاة والحج اهـ. وإذا كان الأبوان حرين أو عبدين فالولد تابع لهما فإن اختلفا تبع الأم، فإن كانت حرة والأب عبد فالولد حر وإن كانت أمة والأب حر فالولد رقيق وهو قوله: (ويتبع الأولاد في استرقاق) عند اختلاف الأبوين (للأم لا للأب بالإطلاق) أي كانت حرة أو خالصة الرق أو ذات شائبة قال في الرسالة، وكل ذات رحم فولدها بمنزلتها، ولا يستثنى من ذلك إلا الموطوءة بملك لسيدها الحر والغارة لحر فإن ولدها حر. قال ابن حارث: أصل المذهب في الصبي أن حكمه في الرق والحرية حكم أبيه إن كان الفراش

(ويتبع الأولاد) بالرفع فاعل يتبع **(في استرقاق)** يتعلق به **(للام)** يتعلق به أيضاً **(لا)** عاطفة **(للأب)** معطوف **(بالإطلاق)** يتعلق بمحذوف حال من الأم أي يتبعونها في الرق والحرية مطلقاً كانوا من نكاح أو من ملك اليمين حيث كان أبوهم قناً، ويحتمل أنه حال من الأب أي لا يتبعون الأب مطلقاً حراً كان أو عبداً.

وحاصل المعنى أن الولد تابع لأبيه في الدين والنسب ولأمه في الحرية والرقية فإن كان الفراش بملك اليمين فالولد تابع لأبيه حراً كان أو عبداً وإن كان الفراش بنكاح فالولد تابع لأمه كما قال الناظم، وهو قول الرسالة: وكل ذات رحم فولدها بمنزلتها أي إن كانت حرة فولدها حر ولو كان الأب عبداً وإن كانت قناً أو ذات شائبة فولدها كذلك، ولو كان أبوه حراً ولا يستثنى من ذلك إلا الموطوءة بملك سيدها الحر والغارة الحر كما قال (خ) وولد المغرور الحر فقط حر.

٥٨٢ـ وَكِسْوَةٌ لِحُرَّةٍ وَنَفَقَه عَلَيهِ والخُلْفُ بِغَيرِ المُعْتَقَه

(وكسوة) مبتدأ سوغه عمله في **(لحرة ونفقه)** معطوف على المبتدأ **(عليه)** خبره **(والخلف)** مبتدأ خبره **(بغير المعتقه)**. والمعنى أن العبد إذا تزوج حرة فإن عليه نفقتها وكسوتها كالحر واختلف إذا تزوج بأمة أو مدبرة أو معتقة لأجل فقيل ذلك عليه أيضاً وهو المشهور، ويقال له أنفق أو طلق وقيل: نفقتها وكسوتها على سيدها، ولو قال الناظم: هكذا بغير المعتقة لكان منبهاً على المشهور المذكور، لكنه حاول على أن ينبه على أن الحرة متفق عليها، والأمة مختلف فيها. ومعلوم أن كتابه ليس موضوعاً لبيان الخلاف، بل للمشهور وما به العمل، وما أفاده من أن الحرة متفق عليها صرح به ابن المواز قائلاً: لا خلاف أن العبد ينفق على زوجته الحرة، وظاهر كلام اللخمي أن الخلاف جار في الحرة أيضاً لأنه قال: ويختلف إذا كانا عبدين فعلى القول بأنه لا نفقة على العبد للحرة لا نفقة عليه إذا كانت أمة، وعلى القول إن عليه ذلك للحرة يختلف إن كانت أمة.

تنبيهان. الأول: حيث وجبت النفقة عليه فهي كما قال (خ) في غير خراجه وكسبه، والخراج وهو ما نشأ لا عن مال بل عن كإيجار نفسه والكسب هو ما نشأ عن مال أتجر به، وبالجملة فعطف الكسب على الخراج من عطف العام على الخاص والنفقة والكسوة في غير الإجارة التي يؤاجر بها نفسه، وفي غير ما ينشأ عن مال كتجارة بمال سيده وغلة ماله، وأما ربح مال نفسه وغلته فله النفقة منهما كما له ذلك أيضاً من مال وهب له أو أوصي له به، وقول ابن عاشر: الخراج هو ما يقاطع على إعطائه لسيده كأن يقاطعه على دينار في كل شهر، والكسب هو

لملك اليمين فإن كان فراش نكاح فحكمه حكم أمه في رقها وحريتها. وقال (خ) وولد المغرور الحر فقط حر **(وكسوة لـ)**ـزوجة **(حرة والنفقة عليه)** أي على الزوج العبد. قال ابن المواز: لا خلاف أن على العبد أن ينفق على زوجته الحرة، ويقال له: أنفق أو طلق **(والخلف بغير المعتقة)** أي واختلف إذا كانت زوجة العبد أمة فقيل نفقتها على الزوج أيضاً. وهو المشهور، وقيل: على سيدها، وظاهر كلام اللخمي: أن الخلاف موجود في نفقة الحرة أيضاً لأنه قال: ويختلف إذا كانا عبدين فعلى القول بأنه

ما نشأ عن عمله وقد يكون أحدهما أكثر من الآخر الخ، لا يخالف ما مرّ لأنه إذا لم تكن مقاطعة فالخراج هو ما مرّ ثم ما تقدم من أن ربح مال السيد لا نفقة له فيه إنما هو في غير المأذون وأما المأذون فله النفقة من ربح مال السيد الذي بيده فهو يخالف غيره في هذا الوجه.

الثاني: محل كونهما في غير الخراج والكسب إذا لم يكن عرف وإلاَّ فهي فيهما كما في (خ) أيضاً، وربما يفهم أن العبد إذا اشترط كونهما في الخراج والكسب فيعمل بذلك بالأحرى، ولا يقال اشتراط ذلك في صلب العقد يفسد النكاح فيفسخ قبل البناء ويثبت بعده بالمثل ويبطل الشرط كما مرّ، لأنا نقول هذا إنما يظهر إذا اشترطت النفقة على السيد لا إن اشترط عليه أن تكون في خراج العبد وكسبه ورضي بذلك فلا يفسد، ولو فسد في هذا لفسد في العرف أيضاً لأنه كالشرط، وعليه فإذا امتنع السيد من إجراء النفقة من الخراج والكسب ولا شرط ولا عرف، فالعبد إما أن ينفق من غيرهما وإلاَّ طلّقت عليه. وقد علمت أن اشتراط النفقة في خراج العبد وكسبه لا يوجب فساداً إذ غايته أن السيد التزم عدم مؤاخذة العبد بما يسع نفقته من خراجه وكسبه وذلك هبة منه لعمل كله أو بعضه والله أعلم. والعرف عند الناس اليوم على ما شهدناه أن نفقة زوجته وكسوتها حرة كانت أو أمة في خراجه وكسبه إذ عادتهم أن العبد يصرف همته في خدمة سيده وسيده يجري النفقة عليه وعلى زوجته.

٥٨٣ـ وَلَيْسَ لازِماً لَهُ أَنْ يُنْفِقَا عَلى بَنِيهِ أَعْبُداً أَوْ عُتَقَا

(**وليس**) فعل ناقص (**لازماً**) خبرها مقدم (**له**) يتعلق به (**أن ينفقا**) اسمها مؤخر (**على بنيه**) يتعلق بينفقا (**أعبداً**) خبر كان محذوفة أي كانوا أعبداً (**أو عتقا**)ء جمع عتيق كشريف وشرفاء لأنهم إن كانوا أحراراً فنفقتهم في مالهم إن كان لهم مال، وإلاَّ فعلى المسلمين وإن كانوا أرقاء فعلى سيدهم، ولا يجوز للعبد أن يتلف مال سيده وعلى هذا فصواب التعبير وليس جائزاً لا وليس لازماً قاله (م) و(ت).

قلت: ويمكن أن يجاب بأن معناه وليس لازماً له أن ينفق عليهم من غير الخراج والكسب كما ينفق على زوجته من غيرهما، فالتعبير بنفي اللزوم حينئذ في محله، وعلم من هذا أن أولاد العبد من أمته يجوز له الإنفاق عليهم من مال سيده لأن المال لسيده وأولاده مملوكون له أيضاً.

فصل في المراجعة

أي: بعد الطلاق البائن كما مر عند قوله ومنه الرجعي.

لا نفقة على العبد للحرة لا نفقة عليه إذا كانت أمة (**وليس لازماً له**) أي العبد (**أن ينفقا على بنيه أعبدا**) كانوا جمع عبد (**أو عتقا**)ء جمع عتيق كشريف وشرفاء أي عبيداً كانوا أو أحراراً لأنهم إن كانوا أحراراً فنفقتهم في مالهم إن كان لهم مال. وإلا فعلى المسلمين وإن كانوا أرقاء فنفقتهم على سيدهم، ولا يجوز لأبيهم أن يتلف مال سيدهم فقوله: وليس لازماً صوابه وليس جائزاً. اللهم إلا أن تكون الأم ملكاً لسيد أبيهم قاله في النوادر.

٥٨٤ـ وكَابْتِدَاءٍ ما سِوَى الرَّجْعِيِّ فِي الإِذْنِ والصَّدَاقِ والوَلِيِّ

(وكابتداء) خبر مقدم والتنوين فيه عوض من مضاف إليه تقديره وكابتداء النكاح **(ما)** مبتدأ واقعة على المراجعة **(سوى الرجعي)** صلتها **(في الإذن)** يتعلق بالاستقرار في الخبر **(والصداق والولي)** معطوفان عليه، والمعنى أن المراجعة من الطلاق الذي هو رجعي كائنة كابتداء النكاح في اشتراط الإذن من الزوجة غير المجبرة ووجود الصداق والولي والإشهاد عند الدخول، وغير ذلك على نحو ما مرّ في باب النكاح حرفاً حرفاً.

٥٨٥ـ ولا رجوعَ لِمَرِيضَةٍ ولاَ بِالحَمْلِ سِتَّةَ الشُّهُورِ وَصَلاَ

(ولا) نافية للجنس ولو أتى بالفاء بدل الواو لكان أولى لأن هذا مفرع عما قبله ومسبب عنه **(رجوع)** اسمها **(لمريضة)** خبرها **(ولا)** تأكيد للنفي الأول **(بالحمل)** معطوف على مريضة والباء بمعنى مع **(ستة الشهور)** بالنصب مفعول بقوله **(وصلا)** بالبناء للفاعل، والجملة في محل نصب على الحال من الحمل، والمعنى أنه حيث اشترط في المراجعة ما يشترط في ابتداء النكاح فلا رجوع لمريضة مرضاً مخوفاً ولا لحامل بلغت ستة أشهر لأنها مريضة في الحقيقة، والمرض مانع من عقد النكاح (خ): وهل يمنع مرض أحدهما المخوف وإن أذن الوارث الخ. وما ذكره الناظم في حامل ستة أشهر هو المعروف في المذهب كما لابن بشير وغيره، ودرج عليه في المختصر حيث قال في الحجر عاطفاً على المخوف وحامل ستة الخ. وقال السيوري: لزوجها مراجعتها. وقال المازري: وهو الذي نختاره لأن المرجع إلى العوائد والهلاك من الحمل قليل، ولو دخلت بلداً فسألتهم عن أمهاتهم لوجدتهم أحياء أو موتى بغير نفاس إلا النادر اهـ. نقله (ق) ابن عبد السلام: وما قاله المازري صحيح إن اعتبر في هذا المرض كون الموت عنه غالباً، وأما إن اعتبر فيه كونه أكثرياً على ما لابن الحاجب وغيره لم يلزم ما قاله المازري اهـ. ومفهوم قول الناظم: ما سوى الرجعي أن الرجعة من الرجعي ليست كابتداء النكاح وهو كذلك كما قدمه في قوله:

ويملك الرجعة في الرجعي قبل انقضاء الأمد المرعي

ولا افتقار فيه للصداق الخ.

فصل في المراجعة بعد البينونة

(وكابتداء) خبر مقدم لقوله **(ما سوى)** الطلاق **(الرجعي)** أي أن الطلاق البائن ابتداء أو بانقضاء العدة كابتداء النكاح **(في)** احتياجه **(الإذن)** منها أو مجبرها إن كانت مجبرة **(والصداق والولي)** والشهود **(ولا)** لو عبر بالفاء لأنه مفرع على ما قبله ومسبب عنه أي ولأجل كونه كابتداء نكاح لا **(رجوع لمريضة)** مرضاً مخوفاً لمنع النكاح في المرض **(ولا)** لمطلقة **(بالحمل ستة الشهور)** بالنصب مفعول به بقوله: **(وصلا)** قال في المعين: وإذا راجع الزوج زوجته المخالعة فلا بد من رضاها وولي وصداق إلا أن تكون مريضة أو حاملاً مثقلاً قد بلغت ستة أشهر، فلا يجوز ذلك. وقال السيوري: له مراجعتها. المازري: وهو الذي نختاره لأن المرجع العوائد والهالك من الحمل قليل، ولو دخلت بلداً فسألت عن أمهاتهم لوجدتهم أحياء أو موتى بغير نفاس إلا النادر نقله المواق، وأما الرجعة

وبالجملة لا يشترط في المرتجع إلا كونه ممن يصح نكاحه في الجملة ولا يشترط فيه انتفاء موانعه من إحرام ومرض ونحوهما، ولذا قال (خ): يرتجع من ينكح وإن بكإحرام ومرض وعدم إذن سيد الخ. ولا يرد عليه الصبي المميز لأنه وإن كان يصح نكاحه في الجملة ويتوقف على إجازة وليه لكن لا يتصور منه الطلاق الرجعي أصلاً، إذ شرط الرجعي أن يتقدمه وطء معتبر ووطء الصبي كلاوطء، وأيضاً لا يطلق على الصبي إلا بعوض كما مره وذلك كله يوجب كونه بائناً ولا يرد المجنون أيضاً لأنه إن طلق في حال جنونه فلا يصح طلاقه ولا يلزم كما لا يصح نكاحه أيضاً في تلك الحالة، وإن طلق في حال إفاقته ثم طرأ جنونه فلوليه أن يرتجع له حيث كان لا ترجى إفاقته في العدة ولفظ من صادق عليه لأن الولي له أن يجبره على ابتداء النكاح كما قال (خ) وجبر وصي وحاكم مجنوناً احتاج الخ. فكيف بالجبر على الرجعة وإن كانت ترجى إفاقته في العدة فلا يرتجع إلا إذا أفاق. وبالجملة فالمجنون بالإصالة لا يصح طلاقه كما لا يصح نكاحه وإن طلق عليه وليه بعوض فالطلاق حينئذ بائن لا رجعي، فهذا المجنون خارج بقول (خ) من ينكح، وأما إن كان طرأ جنونه بعد الطلاق فهو داخل في قوله: من ينكح لأنه إن لم ترج إفاقته فلوليه أن يرتجع له ووليه ممن له إنكاحه، وإن رجيت إفاقته فلا يرتجع إلا في حالتها وهو ممن فيه أهلية النكاح أيضاً في تلك الحالة، وبهذا كله تعلم سقوط اعتراض شراح (خ) عليه وما لهم في ذلك من الخبط، وتعلم أن معنى قوله: من ينكح أي من فيه أهلية صحة النكاح، وهو العقل خاصة لا البلوغ كما لابن عبد السلام خلافاً لما في ضيح والله أعلم. ثم إن الارتجاع لا يصح إلا بالقول الصريح ولو هزلاً وبقول محتمل مع نية لا بفعل دونها كوطء كما في (خ) وقد مر ذلك عند قول الناظم: ويملك الرجعة في الرجعي الخ. وتقدم أنه لا افتقار فيه للصداق ولو قبضته ردته كما نص عليه في المعيار، ونص عليه أيضاً شراح (خ) عند قوله في الرجعة ولا صداق، وأما عكسها وهو من ملك زوجته أمرها إن لم يقدم من سفره عند رأس السنة فإن انقضت السنة ولم يحضر فقال لها والد الزوج: اتركي صداقك وتزوجي من شئت ففعلت فقال في المعيار أيضاً: إن كانت عالمة بأن لها فراقه بغير شيء لزمها ما فعلته من ترك الصداق وإن ظنت أنها لا تملك الفراق بهذا التمليك ومثلها يجهل ذلك حلفت ولها الرجوع، ولو مضت السنة ولم تقض بشيء حتى طال ذلك لم يلزم الزوج ما فعله الأب من الفراق إلا أن يرضى اهـ باختصار.

تنبيه: ذكر في المعيار قبل نوازل الرضاع عن سيدي عيسى بن علال في الوطء بين الفخذين في عدة الطلاق الرجعي غيرنا، وبه الرجعة ثم تزوجها قبل تمام الاستبراء وبعد انقضاء العدة هل يفرق بينهما أم لا؟ فقال: التفريق بينهما ينبني على الاختلاف في هذا الوطء هل يلحق به الولد أم لا؟ فعلى القول بلحوق الولد يفسخ النكاح لأنه ناكح في الاستبراء، وعلى القول بعدم لحوقه لا يفسخ ويترجح هذا الثاني بقول من قال إن وطء الرجعية رجعة وإن لم ينو به الرجعة اهـ. والخلاف المشار إليه في لحوق الولد نقله عياض في آخر الاستبراء من التنبيهات،

فلا يشترط فيها شيء من ذلك (خ): يرتجع من ينكح وإن بكإحرام أو عدم إذن سيد طالقاً غير بائن في عدة الخ، ولا يمتنع ارتجاعها في المرض لأنها وارثة على كل حال.

وانظره أيضاً في مسائل العدد من المازري. وذكر في المعيار أيضاً قبل الإيلاء فيمن وطىء ولم ينو الرجعة أنه يجب على المرأة أمران: عدة واستبراء، فإن أراد ارتجاعها قبل انقضاء العدة فله ذلك لكونه بالقول والإشهاد فقط لا بالوطء لأنه ممنوع منه حتى ينقضي الاستبراء من فاسد وطئه، فإن لم يرتجعها في العدة لم يكن له سبيل إلى غير ذلك فيما بقي من حيض الاستبراء اهـ باختصار.

فإن قلت: ارتجاعه لها في العدة والاستبراء مخالف لقول (خ) ولا يطأ الزوج ولا يعقد الخ. قلت: هذا الارتجاع ليس بعقد بدليل عدم الاحتياج إلى رضاها ورضا الولي والصداق والإشهاد مستحب فقط.

٥٨٦ـ وَزَوْجَةُ العَبْدِ إذَا مَا عُتِقَتْ وَاخْتَارَتِ الفِرَاقَ مِنْهُ طُلِّقَتْ

(وزوجة العبد) مبتدأ ومضاف إليه **(إذا)** ظرف مضمن معنى الشرط **(ما)** زائدة **(عتقت)** بفتح العين والتاء وفاعله ضمير الزوجة، والجملة في محل جر بإضافة إذا إليها **(واختارت الفراق)** فعل وفاعل ومفعول **(منه)** يتعلق بالفراق، والجملة معطوفة على جملة عتقت أو حال من فاعل عتقت **(طلقت)** بفتح الطاء واللام، ومفعوله محذوف أي نفسها. والجملة جواب إذا وهي وجوابها خبر المبتدأ.

٥٨٧ـ بِمَا تَشَاؤُهُ وَمَهْمَا عَتَقَا فَمَا لَهُ مِنِ ارْتِجَاعٍ مُطْلَقَا

(بما) يتعلق بطلقت **(تشاؤه)** صلته **(ومهما عتقا)** جملة شرطية وألفه للإطلاق **(فما)** نافية **(له)** خبر مقدم **(من ارتجاع)** مبتدأ جر بمن الزائدة **(مطلقاً)** حال والجملة جواب الشرط، ولذا دخلت الفاء عليها وجوباً لأنها لا تصلح أن تكون شرطاً، ومعنى البيتين أن زوجة العبد ولو بشائبة رق إذا عتقت عتقاً ناجزاً فلها الخيار في البقاء والفراق، ويحال بينه وبينها حتى تختار فإن اختارت البقاء معه فلا إشكال وإن اختارت الطلاق وقالت: طلقت نفسي فيلزمه واحدة بائنة إلا أن تنوي أكثر فيلزمه اثنان إذ هما منتهى طلاق العبيد، وهو معنى قوله: بما تشاؤه إذا عتق هو بعد أن طلقت نفسها فلا رجعة له جبراً عليها مطلقاً عتق في العدة أو بعدها طلقت نفسها واحدة أو اثنتين، نعم له مراجعتها برضاها بالشروط المتقدمة، ولا بد من دخول زوج بها فيما إذا كانت طلقت نفسها أكثر من واحدة على ظاهر النظم و(خ) وهذا إذا اختارت قبل أن يعتق العبد وإلا فلا خيار لها كما أشار له (خ) بقوله: أو عتق قبل الاختيار، وكذا يسقط خيارها إن قبض السيد الصداق وأعتقها قبل البناء، والحال أنه الآن عديم لأن خيارها يبطل عتقها، إذ ليس للسيد

(وزوجة العبد) الأمة **(إذا ما)** زائدة أي إذا **(عتقت)** وهي تحت زوجها العبد فلها الخيار، فإذا أرادت الطلاق من زوجها **(واختارت الفراق منه طلقت بما تشاؤه)** من طلقة واحدة على قول وتكون بائنة أو اثنتين على آخر قال الحطاب: واعلم أنها إنما تؤمر بواحدة، فإن أوقعت اثنتين فقال المصنف: تمضي» وصوب اللخمي عدم المضي **(ومهما عتقا)** العبد بعد اختيار منها لنفسها **(فما له من ارتجاع مطلقا)** طلقت نفسها واحدة لأنها بائنة أو اثنتين لأنها بتات العبد، فلو عتق قبل أن تختار فلا خيار لها (خ): وسقط صداقها قبل البناء، والفراق إن قبضه السيد أو كان عديماً وبعده لها كما لو رضيت.

غيرها فلو اختارت نفسها لوجب للزوج الرجوع بالصداق على السيد، والفرض أنه عديم فيؤدي لبيعها لأن الدين الذي هو الصداق سابق على عتقها، فلذا ارتكب أخف الضررين فينفذ العتق وتبقى حرة تحت عبد وهذا معنى قول (خ) أيضاً، وسقط صداقها والفراق إن قبضه السيد وكان عديماً الخ. وظاهر النظم أن لها الخيار في الطلاق والبقاء رشيدة أو سفيهة أو صغيرة وهو كذلك في الرشيدة، وكذا السفيهة إن بادرت لاختيارها نفسها فإن لم تبادر أو كانت صغيرة فإن الحاكم ينظر لهما في الأصلح قاله (ز) ويفهم منه أن الصغيرة إذا بادرت للطلاق لا يلزمه طلاق، بل حتى ينظر الحاكم فيأمرها به إذا رآه نظراً، وبالجملة فالصغيرة لا يلزم طلاق باختيارها بادرت له قبل الرفع للحاكم أم لا، وكذا السفيهة إن لم تبادر بل تأخر أمرها حتى رفعت للحاكم فاختارت حينئذ الفراق، ورأى هو البقاء لكونه نظراً لها فإن اختار كل من الصغيرة والسفيهة البقاء قبل الرفع لم يلزمها ذلك على قول ابن القاسم إذا لم يكن ذلك نظراً. وقوله بما تشاؤه هذا هو القول المرجوع إليه، وعليه درج (خ) حيث قال: ولمن كمل عتقها فراق العبد فقط بطلقة بائنة أو اثنتين الخ. فأوفى كلامه للتخيير كما لمصطفى، وكان مالك يقول أولاً لا تختار إلا واحدة وعليه أكثر الرواة. ابن عرفة: وظاهر نقل اللخمي وغير واحد أن اختلاف قول مالك فيما زاد على الواحدة إنما هو بعد الوقوع أي: وأما قبل الوقوع فإنما تؤمر بواحدة من غير خلاف. ابن عرفة: وهو الصواب وهذا التصويب يعكر على إطلاق قول الناظم بما تشاؤه كما يعكر عليه جعل أو في كلام (خ) للتخيير وعلى المرجوع عنه يمضي الزائد وهو ما صوبه اللخمي.

تنبيه: إذا مكنته من نفسها عالمة بالعتق سقط خيارها، ولو جهلت الحكم على المشهور. وقال ابن القصار: ونحوه لمالك في المختصر أنه لا يسقط خيارها حيث مكنته جاهلة بأن لها الخيار بعتقها. قال في ضيح: والأقرب أنه تقييد.

فصل في الفسخ

أي: فسخ النكاح الفاسد هل يعد طلاقاً أم لا؟ وهل يرث أحد الزوجين الآخر إذا مات قبل الفسخ أم لا؟ وهل تلزم فيه العدة أم لا؟ والأنسب إدراج هذا الفصل في فصل حكم فاسد النكاح كما تقدم ذلك هناك.

٥٨٨ـ وَفَسْخُ فَاسِدٍ بِلا وِفَاقِ ... بِطَلْقَةٍ تُعَدُّ فِي الطَّلاَقِ

(وفسخ فاسد) مبتدأ ومضاف إليه **(بلا وفاق)** في موضع الصفة لفاسد **(بطلقة)** خبر **(تعد في الطلاق)** صفة لطلقة.

فصـــل في الفسخ

أي فسخ النكاح الفاسد هل يعد طلاقاً أو لا؟ وهل يرث أحد الزوجين الآخر إذا مات قبل الفسخ أو لا؟ وهل تلزم فيه العدة أو لا؟ وكان اللائق أن لو قدم هذا وأدرجه في فصل حكم فاسد النكاح. **(وفسخ)** نكاح **(فاسد)** مختلف في فساده وهو معنى قوله: **(بلا وفاق)** أي غير متفق عليه

٥٨٩ـ وَمَنْ يَمُتْ قَبْلَ وُقُوعِ الفَسْخِ فِي ذا فَما لإرْثِهِ مِنْ نَسْخِ

(ومن) اسم شرط مبتدأ **(يمت)** فعله **(قبل)** يتعلق بفعل الشرط **(وقوع الفسخ)** مضاف إليهما **(في ذا)** يتعلق بوقوع والإشارة للفاسد بلا وفاق **(فما)** نافية **(لإرثه)** خبر مقدم. **(من نسخ)** اسم جر بمن الزائدة، والجملة جواب الشرط، ولذا دخلت الفاء عليها والشرط وجوابه خبر المبتدأ والمعنى: أن النكاح المختلف فيه اختلافاً قوياً ولو خارج المذهب كإنكاح المحرم والعبد والمرأة ووجه الشغار ونكاح المريض والخيار، فإنه يفسخ بطلاق مراعاة لمن يقول بصحته والخلع إن وقع فيه قبل الفسخ نافذ ومن مات من الزوجين قبل وقوع هذا الفسخ فإن الحي يرثه إلا نكاح المريض والخيار فإنه لا إرث فيهما ولو مات الصحيح منهما في مسألة المريض فلو زاد الناظم إثر البيت الثاني ما نصه:

إلا نكاحاً ذا خيار أو مرض هب أنه موت الصحيح قد عرض

تنبيه: تقدم أن وجه الشغار من المختلف فيه وإن كان يثبت بعده بصداق المثل، فهو من الفاسد لصداقه، ومنه أيضاً من طلق زوجته طلاقاً بائناً بعد أن دفع لها المعجل والمؤجل، ثم قال لها: لا أراجعك حتى تردي عليَّ ما أخذت مني وتردي الصداق المؤجل على ما كان عليه، فإنه فاسد لأنه نكاح وسلف، وكذا لو زادها ربع دينار على ذلك، وكذا لو كان على أن ترد له جميع ما أعطاها ويعطيها هو مثل ذلك وزيادة ربع دينار لأنه بيع ذهب بذهب وعصمة كما في البرزلي وغيره.

٥٩٠ـ وَفَسْخُ ما الفَسادُ فيه مُجْمَعُ عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِ طَلاقٍ يَقَعُ

(وفسخ) مبتدأ **(ما)** مضاف إليه واقعة على النكاح **(الفساد)** مبتدأ **(فيه)** يتعلق به **(مجمع)** خبر عن الفساد **(عليه)** نائب الفاعل بمجمع لأنه اسم مفعول، والجملة صلة «ما» والرابط الضمير المجرور بفي **(من غير طلاق)** يتعلق بقوله **(يقع)** والجملة من يقع وفاعله ومتعلقه خبر فسخ، والتقدير وفسخ النكاح الذي فساده أجمع عليه يقع من غير طلاق لأن هذا النكاح كالعدم، ولذا لو عقد شخص عليها قبل الفسخ صح نكاحه وإن وقع الخلع فيه لم ينفذ، وذلك

كائن **(بطلقة تعد في الطلاق)** المتقدم على هذا الفسخ أو المتأخر عنه **(ومن يمت)** من الزوجين **(قبل وقوع الفسخ في)** هـ(ـذا) الفاسد المختلف فيه، وقبل أن ينظر فيه **(فما لإرثه من نسخ)** بل الإرث ثابت إلاَّ نكاح المريض فلا إرث فيه ولو مات الصحيح منهما قاله العصنوني فلو زاد المصنف:

إلا إذا ما كان من أجل المرض هب أنه موت الصحيح قد عرض

وكذا نكاح الخيار لا إرث فيه أيضاً فيزاد:

كذا الذي فسخ من خيار فإن هذا الحكم فيه جار

(وفسخ ما) أي النكاح الذي **(الفساد فيه يجمع عليه من غير طلاق يقع)** وهذا الذي سلكه الناظم في تمييز ما يفسخ بطلاق من غيره هو ما رواه الأقل عن مالك، ورجع إليه ابن القاسم واقتصر عليه (خ) إذ قال: وهو طلاق إن اختلف فيه كمحرم وشغار والتحريم بعقده ووطئه، وفيه الإرث إلا نكاح المريض لا إن اتفق على فساده فلا طلاق، ولا إرث كخامسة وحرم وطؤه فقط اهـ.

كنكاح الخامسة ومحرمة بصهر أو رضاع ونكاح المتعة وهو النكاح لأجل ونكاح المعتدة والنكاح على حرية ولد الأمة ونحو ذلك. ومن خالف في بعض هذه الأفراد من العلماء كالظاهرية في الخامسة، ونكاح المتعة عند بعضهم لا يعتد بخلافه لضعف مدركه فلا يقدح في كونه مجمعاً عليه، وإذا مات أحد الزوجين في هذا القسم فلا إرث فيه للحي، وإلى هذا القسم والذي قبله أشار (خ) بقوله: وهو طلاق إن اختلف فيه كمحرم وشغار والتحريم بعقده ووطئه وفيه الإرث إلا نكاح المريض لا إن اتفق على فساده فلا طلاق ولا إرث كخامسة وحرم وطؤه فقط الخ.

٥٩١ـ وَتَلْزَمُ العِدَّةُ بِاتِّفَاقِ لِمُبْتَنَى بِهَا عَلَى الإِطْلاَقِ

(وتلزم العدة) فاعل تلزم **(باتفاق)** يتعلق بتلزم وكذا **(لمبتنى)** و**(بها)** يتعلق بمبتنى **(على الإطلاق)** يتعلق بتلزم أو بمحذوف حال، والمعنى أن النكاح الفاسد إذا وقع فيه دخول أو خلوة يمكن فيها الوطء ثم فسخ، فإن العدة تلزم فيه مطلقاً كان مختلفاً فيه أو مجمعاً عليه. قال في المقرب: ولو تصادقا على نفي الوطء لحق الله ولا صداق لها لأنها لم تدعه اهـ. ووجه لزوم العدة في المختلف فيه ظاهر لأنه جار مجرى الصحيح في العدة وغيرها كما مرّ، وأما المجمع عليه فاللازم فيه الاستبراء بثلاث حيض، فإطلاق الناظم عليه عدة إنما هو من باب التغليب، وما وقع في المقرب والمدونة من إطلاق العدة عليه أيضاً فإنما ذلك على وجه المجاز سهله أن استبراء الحرة كعدتها ومفهوم لمبتنى بها فيه تفصيل لأنه إذا مات عنها قبل البناء فلا عدة ولا استبراء في المجمع عليه وعليها عدة الوفاة في المختلف فيه، فإن مات عنها بعد البناء أو الخلوة وقبل الفسخ ففي المجمع عليه الاستبراء بثلاث حيض ولا عدة وفاة عليها ولا إحداد، وفي المختلف فيه عدة وفاة.

وروى الأكثر عنه أن كل نكاح للزوج أو للزوجة أو للولي فسخه وإمضاؤه كإنكاح الأجنبي يرده الولي أو عيب بالزوجة أو الزوج فيخير الآخر فسخه بطلاق، وما كانا مغلوبين على فسخه كإنكاح العبد والمرأة ففسخه بغير طلاق، وصدر به ابن الحاجب وكل ما لأحد الثلاثة فسخه وإمضاؤه مختلف فيه بخلاف العكس، فإن نكاح المحرم والشغار من المختلف فيه، وهما مغلوبان على فسخه ففسخه بطلاق على الأول الذي مشى عليه الناظم لا على الثاني. **(وتلزم العدة باتفاق لمبتنى بها)** قال في المقرب: ولو تصادقا على نفي الوطء فلا تصدق في ذلك وتلزمها العدة لأنها لو أتت بولد لثبت نسبه إلا أن ينفيه بلعان ولا صداق لها لأنها لم تدعه اهـ. **(على الإطلاق)** أي سواء كان النكاح مجمعاً على فساده أو لا أما الثاني فلا إشكال، وأما الأول فهو ظاهر المقرب والمدونة لقولها: وما فسخ من نكاح أو ذات محرم، فالعدة في ذلك كله كالعدة في الصحيح، وعليه جرى ابن عرفة إذ قال في تعريف العدة مدة منع النكاح لفسخه، أو موت الزوج أو طلاقه ويظهر من كلام كثير أن ذلك إنما هو مجاز والمراد الاستبراء ويحسنه في كلام الناظم التغليب والله أعلم.

باب النفقات وما يتعلق بها

من كسوة وإسكان ووجوب وإسقاط واختلاف ورجوع بها إذا أنفش حملها أو طلقها إثر دفعها لها، وعرفها ابن عرفة بقوله: النفقة ما به قوام معتاد حال الآدمي دون سرف اهـ. فخرج بما به قوام معتاد غير الآدمي، وما ليس معتاداً في حال الآدمي وما هو سرف فلا يسمى شيء من ذلك نفقة شرعاً، وهذا الحد شامل للكسوة والطعام والسكنى، ولا إشكال. فمهما وجبت النفقة بالإصالة كنفقة الزوجة والرقيق والأولاد والآباء وعامل القراض إذا كثر المال وبعد السفر وجبت الكسوة، وكذا إن تطوع بها على الربيب مثلاً حيث قال: لا نية لي أو تعذر سؤاله لغيبة ونحوها، فإن قال: نويت الطعام فقط قبل قوله عند ابن سهل ولم يقبل عند ابن زرب وهو المعتمد قاله (ز). وانظر أوائل الالتزامات فإنه يظهر منها ترجيح ما لابن سهل، وقدمنا حاصل كلامه عند قول الناظم: وما امرؤ لزوجة يلتزم الخ. وفي البرزلي: أن ابن رشد سئل عن المسألة فأجاب بأن الكسوة غير داخلة بعد حلفه في مقطع الحق أنه إنما أراد الطعام دون الكسوة لأن النفقة وإن كانت من ألفاظ العموم فإنها تعرفت عند أكثر الناس في الطعام دون الكسوة. البرزلي: فيكون من باب تخصيص العموم بالعرف، وفيه خلاف بين الأصوليين اهـ.

قلت: والذي جرت عليه الأحكام أنه يخصص العام ويعين المبهم ويقيد المطلق كما في المعيار واللامية وغيرهما، فيكون ما لابن سهل وابن رشد أرجح، ولذا قال ابن ناجي في شرح المدونة من كتاب الشركة: القول بعدم لزوم الكسوة هو الذي عليه الأكثر وبه الفتوى ونظمه في العمل المطلق فقال:

إن امرؤ نفقة الغير التزم ... فاللبس غير داخل في الملتزم

٥٩٢ـ وَيَجِبُ الإِنْفَاقُ لِلزَّوْجَاتِ ... فِي كُلِّ حَالَةٍ مِنَ الحَالاَتِ

(**ويجب الإنفاق للزوجات في كل حالة**) يتعلق بيجب (**من الحالات**) صفة لقوله حالة، والمعنى أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها بقدر وسعه وحالها غنية كانت أو فقيرة حرة أو أمة

باب النفقات وما يتعلق بها

من كسوة وإسكان ووجوب وسقوط واختلاف ورجوع وحيث وجبت النفقة وجبت الكسوة والسكنى، وذلك داخل في حد ابن عرفة لها بقوله: النفقة ما به قوام معتاد حال الآدمي دون سرف اهـ. إلا من التزم نفقة من لا تلزمه نفقته كربيب مثلاً فقال ابن زرب: تلزمه كسوته، وقال ابن سهل وابن رشد وغيرهما: لا تلزمه لأن النفقة تخصصت عرفاً بالطعام دون الكسوة، أما في الشرع فشاملة لها بلا نزاع.

(**ويجب الإنفاق**) بالزوجية والقرابة والرق فيجب (**للزوجات**) بالدخول مطلقاً أو الدعاء له وليس أحدهما مشرفاً مريضاً مرض السياق والزوج بالغ والزوجة مطيقة وتكون بقدر وسعه وحالها (**في كل حالة من الحالات**) كانت الزوجة غنية أو فقيرة حرة أو أمة بوئت أو لا كان الزوج حراً أو عبداً ونفقة العبد في غير خراج وكسب وقال أشهب: لا نفقة للأمة، وقيل: إلا أن بوئت

بوئت أم لا؟ ومحل وجوبها إذا دخل أو دعي إلى الدخول وليس أحدهما مشرفاً، وكان الزوج بالغاً وهي مطيقة كما أفاد ذلك كله (خ) بقوله: يجب لممكنة مطيقة للوطء على البالغ وليس أحدهما مشرفاً قوت وأدام وكسوة بقدر وسعه وحالها الخ. فهذه الشروط عامة في المدخول بها وغيرها كما قرر به شراح (ح) وهو الذي للقاني في حواشي ضيح، وهو الذي ينبغي اعتماده لأن النفقة في مقابلة الاستمتاع كما في ابن سلمون وغيره، وإن كان (ح) استظهر ما في ضيح وابن عبد السلام من اختصاصها بغير المدخول بها، وأما إن دخل فتجب من غير شرط، ثم إن الناظم لو زاد بيتاً فقال مثلاً:

إن مكنت والزوج بالغ وهي   مطيقة وليس مشرفاً كهي

لوفى بالمراد وقوله: كهي آخر البيت تشبيه بما قبله أي يشترط فيها عدم الإشراف كما اشترط ذلك فيه.

فرع: على المرأة الخدمة الباطنة كعجن وكنس وفرش واستقاء الماء والحطب إن كانت عادة البلد كما في البرزلي عن الشبيبي قائلاً: لأن نساء البوادي دخلن على ذلك اهـ.

٥٩٣ـ والفَقْرُ شَرْطُ الأَبَوَيْنِ والوَلَدْ   عَدَمُ مالٍ واتِّصالٌ لِلأَمَدْ

(والفقر شرط الأبوين) مبتدأ وخبر يعني أن الشرط وجوب نفقة الأبوين على أولادهما الفقر، فلا يحكم بها إلا بعد إقرار الأولاد المالكين أمرهم به أو بعد ثبوته ببينة (خ) وبالقرابة على الموسر نفقة الوالدين المعسرين وأثبتا العدم لا بيمين الخ. أي لأنها عقوق. وإذا حكم بها عليهم فإنها توزع عليهم ذكوراً كانوا أو إناثاً صغاراً أو كباراً على قدر يسارهم على الراجح لا على الرؤوس ولا على قدر الإرث ولا مقال لأزواج البنات المتزوجات، وإذا حكم لهما بها على الأولاد بالشرط المذكور فأنفق عليهما أجنبي أو أحد الأولاد بعد الحكم، فللمنفق المذكور الرجوع على من حكم عليه بها لأنه قام عنه بواجب حيث لم يكن متبرعاً بخلاف ما إذا أنفق عليهما قبل الحكم بها فلا رجوع كما لابن رشد وغيره. وأشار له (خ) بقوله وتسقط عن الموسر بمضي الزمان إلا لقضية أو بنفق غير متبرع الخ، إلا أن «أو» في كلامه بمعنى «الواو».

تنبيه: إذا لم يكن للأبوين إلا دار السكنى وطلبا الولد بالنفقة فإنه يقضى لهما بها قاله في الكراس السابع من أنكحة المعيار، وهذا إن لم يكن في الدار فضل عما يليق بسكناهما وإلا لم يقض بالنفقة عليهما إلا بعد نفوذ ذلك الفضل، انظر البرزلي في النفقة فيما إذا كان للصغير دار وهو في كفالة أبيه.

(والولد) مبتدأ **(عدم مال)** خبره أي وشرط وجوب نفقة الولد الحر على أبيه الحر عدم المال

ولا يدخل في العموم ما إذا كانت غير مطيقة أو غير ممكنة أو كان صبياً أو كان أحدهما مشرفاً ويجب الإنفاق بسبب القرابة للوالدين على الأولاد وللأولاد على الأب فقط. **(والفقر شرط)** في وجوب نفقة **(الأبوين)** على أولادهما ولو صغاراً أو بنات متزوجات ولا كلام للزوج فإن نوزعا فيه فلا بد من إثباتهما لعدم بينة ولا يحلفان معها لأنه عقوق **(والولد)** أي: وشرط وجوب نفقة الولد ذكراً كان أو أنثى على أبيه يعني الحر مع كون الولد أيضاً حراً **(عدم مال)** أصلاً وعدم صنعة فإن كانت

أصلاً وعدم وجود صنعة تكفيه، فإن كانت لا تكفيه أعطي تمام الكفاية. اللخمي: وإذا كسدت الصنعة عادت على الأب ثم إن الأب إذا واجر ولده فإنه ينفق عليه من أجرته وما فضل منها دفعه له الأب مخافة أن يعوقه على الخدمة عائق من مرض أو كساد، ولا يأكل الأب منه شيئاً وإن كان فقيراً قاله ابن فرحون في الألغاز عن الجزيري، ثم إن علم أن الولد والزوجة يفرض لهما في مال الغائب المليء وإن لم يكن له مال حاضر ويحسبان ذلك عليه من يوم الفرض وإذا تداينا عليه لزمه أداؤه إن قدم ويرجع عليه المنفق عليهما حيث لم يتبرع أنفق قبل الفرض أو بعده بخلاف الأبوين كما مرّ فإن علم عسره أو جهل حاله لم يفرض لهما إلا أن للزوجة أن تطلق نفسها بعدم النفقة إذا لم تصبر في الصورتين، فإن صبرت وقدم موسراً في الصورة الثانية فرض لها عليه نفقة مثلها من مثله، وأما الأبوان فلا يفرض لهما في مال الغائب، وإن علم يسره إذا لم يكن له مال حاضر، ولا يتداينان عليه وإن فعلا لم يلزمه من ذلك شيء فإن كان له مال حاضر غير أصل فيفرض لهما فيه، ويباع لهما في النفقة. وأما أصوله فلا تباع على الراجح من أحد قولين: إلا أن يغيب بعد الفرض عليه فتباع حينئذ كما في (ح) عن ابن رشد بخلاف الزوجة والأولاد فإنها تباع أصول الغائب وغيرها في النفقة عليهما كما في ابن سلمون وغيره، وهذا ما لم تكن الأصول دار السكنى وإلا بيعت للزوجة دون الأولاد لأن نفقتها أقوى إذ هي عليه غنية كانت أو فقيرة في مقابلة الاستمتاع، وإذا لم تبع للأولاد فنفقتهم على المسلمين أو بيت المال، وانظر لو أنفق أجنبي مع علمه بالدار فيظهر من هذا أنه لا رجوع له على الأب لأنه فقير حكماً لم يقم عليه الأجنبي بشيء يجب عليه وسيأتي عند قوله: وحكم ما على بنيه أنفقت الخ. أنهما يفترقان في شيء آخر، هذا تحصيل هذه المسائل فتنبه لاختلافها.

فرع: إذا قضى القاضي على الابن بنفقة الأبوين، ثم باع الولد بعد ذلك ربعه أو تصدق به ففي مسائل ابن الحاج: إن فعله يرد. البرزلي: أما رد الصدقة فبين وأما رد بيعه ففيه نظر إلا أن يكون قد قصد به إسقاط النفقة فيعامل بنقيض قصده قال: وكثيراً ما يقع في زماننا عكسها، وهي أن الأب يفوت ربعه بالبيع أو الهبة لبعض الأولاد أو لأجانب فعلوا معه خيراً أو يريد إغاظة ولده بذلك، فالصواب أن لا يمضي إذا قصد ذلك، وإن لم يقصد ذلك ففيه نظر، هل يجب على ابنه نفقته أو لا؟ كما تقدم في عكسها.

(واتصال) فاعل بفعل محذوف أي ويجب اتصال نفقة الأب على أولاده الذين لا مال لهم **(للأمد)** الذي ويسقطها ثم بينه بقوله.

٥٩٤ـ فَفِي الذُّكُورِ لِلْبُلُوغِ يَتَّصِلْ وَفِي الإِنَاثِ بِالدُّخُولِ يَنْفَصِلْ

(ففي الذكور للبلوغ) يتعلقان بقوله **(يتصل)**: (خ) ونفقة الولد الذكر حتى يبلغ عاقلاً قادراً على الكسب أي إلا لمعرة عليه أو على وليه أو عليهما بالتكسب فلا تسقط كما لا تسقط إذا بلغ

لا تكفيه أعطي تمام الكفاية. اللخمي: وإذا كسدت عادت على الأب.

(و) يجب على الأب **(اتصال)** النفقة على أولاده **(للأمد)** الذي يسقطها ثم بينه بقوله: **(ففي الذكور للبلوغ يتصل)** فإذا بلغ سقطت نفقته، وهذا إذا بلغ عاقلاً قادراً على الكسب وإلا استمرت

مجنوناً أو عاجزاً عن الكسب **(وفي الإناث بالدخول)** يتعلقان بقوله: **(ينفصل)** الإنفاق أي: ينقطع ومثل الدخول الدعاء له كما مرّ، ولو دخلت أو دعيت له قبل البلوغ فإن تأيمت قبله أيضاً رجعت نفقتها عليه كما لو طرأ لها مال قبل البلوغ، ثم ذهب قبله أيضاً أو بلغت زمنة وطرأ لها المال ثم ذهب، فإنها تعود. ومفهوم بالدخول أنها إذا لم تدخل لم تسقط ولو رشدها وهو كذلك، ومفهوم قوله: تأيمت قبله الخ أنها لو تأيمت بعده أو ذهب المال بعده أو بعد زوال الزمانة لم تعد (خ): لا أن عادت بالغة أو تزوجت زمنة ثم صحت وتأيمت بالغة وعادت الزمانة فلا تعود، وقولي: الولد الحر إلخ. احترازاً من الولد العبد والأب العبد، فإن نفقة الأولاد العبيد على سيدهم ونفقة الأحرار أولاد العبيد في بيت المال، وتقدم في قول الناظم:

وليس لازماً له أن ينفقا   على بنيه أعبداً أو عتقا

تنبيه: قال اللخمي في كتاب المديان: إن المفلس الصانع يداين ليعمل ويقضي من عمله ثم عطل أجبر على العمل فإن ولد استؤجر في صناعته تلك. قال ابن عرفة: فيلزم مثله في الزوج في النفقة إذا ترك صنعته، وأما نفقة الأولاد فلا خلاف أنه لا يجبر على الصنعة اهـ. ونقله البرزلي في النكاح.

٥٩٥ـ والحُكْمُ فِي الْكِسْوَةِ حُكْمُ النَّفَقَهْ   ومُؤَنُ العَبْدِ تَكُونُ مُطْلَقَه

(والحكم في) وجوب **(الكسوة)** وسقوطها **(حكم النفقة)** فمهما وجبت النفقة على أحد ممن تقدم وجبت الكسوة، ومهما سقطت النفقة سقطت الكسوة إلا في مسألة الالتزام المتقدمة.

فرع: قال ابن عرفة في الشهادات عند النكاح على ترجيح البينات ما نصه: وإن طلبته بالكسوة فقال لها: الثوب الذي عليك لي، وقالت: بل هو لي ففي كون القول قولها أو قوله نقل في الطرر عن الاستغناء فتوى ابن دحون وابن الفخار حكاهما أبو القاسم اليونباني، واختار الأول وهما مبنيان على اعتبار كونها في حوز الزوج أو حوزها في نفسها اهـ. وراجع ما مر في الاختلاف في متاع البيت وفي التداعي في الطلاق. **(ومؤن العبد)** مبتدأ ومضاف إليه واسم **(تكون)** عائد على المؤن وخبرها محذوف أي على السيد **(مطلقة)** حال من اسم تكون، والمعنى أن مؤن العبد وكذا الأمة من نفقة وكسوة تكون على سيدهما مطلقة غير مقيدة بفقر العبد والأمة ولا بغنى السيد، ويلزمه تكفينهما إن ماتا فإن امتنع من الإنفاق عليهما بيعا عليه كتكليفهما من العمل ما لا يطيقان (خ): إنما تجب نفقة رقيقه ودابته إن لم يكن مرعى وإلاَّ بيع كتكليفه من

(وفي الإناث بالدخول ينفصل) أي ينقطع فإذا تأيمت الأنثى قبل البلوغ رجعت نفقتها على الأب وإلا لم ترجع، وقيل لا ترجع مطلقاً وقيل: ترجع إلى البلوغ. ابن الحاجب: ولو عادت بالغة أو عادت الزمانة للذكر لم تعد اهـ. ومثل الدخول الدعاء له الموجب لكونها على زوجها ونفقة أولاد العبيد على سيدهم والأحرار أولاد العبيد في بيت المال **(والحكم في الكسوة)** وجوباً وسقوطاً **(حكم النفقة)** فمتى وجبت على أحد ممن تقدم وجبت عليه الكسوة، ومتى سقطت النفقة سقطت الكسوة.

(ومؤن العبد) أي والأمة من نفقة وكسوة جمع مؤنة **(تكون)** على سيده حال كونها **(مطلقة)** أي غير مقيدة بشيء دون شيء. قال في الرسالة: وعليه أن ينفق على عبيده ويكفنهم إن ماتوا اهـ. فإن

العمل ما لا يطيق الخ. وأما زوجة العبد فنفقتها عليه كما مرّ لا على سيده وينفق عليها من غير خراجه وكسبه، والمراد بالخراج ما نشأ لا عن مال بل عن كإيجار نفسه، والمراد بالكسب ما نشأ عن مال اتجر به فهما لسيده ونفقته عليهما من غيرهما من هبة أو وصية ونحوهما إلا لعرف فإنها في الخراج والكسب، فتكون فيهما فإن عجز طلقت عليه انظر تحقيقه في فصل المراجعة.

٥٩٦ـ وَمُنْفِقٌ عَلَى صَغِيرٍ مُطْلَقَا لَهُ الرُّجُوعُ بِالَّذِي قَدْ أَنْفَقَا

(**ومنفق**) مبتدأ (**على صغير**) يتعلق به (**مطلقا**) حال من صغير أي كان له أب أم لا (**له الرجوع**) مبتدأ وخبره، والجملة خبر المبتدأ والرابط الضمير المجرور باللام (**بالذي**) يتعلق بالرجوع (**قد أنفقا**) صلة الذي، والرابط محذوف وألفه للإطلاق.

٥٩٧ـ عَلَى أَبٍ أَوْ مَالِ الابْنِ وأُبِي إلاَّ بِعِلْمِ المَالِ أَوْ يُسْرِ الأَبِ

(**على أب**) يتعلق بالرجوع (**أو مال الابن**) معطوف على أب (**وأبي**) بضم الهمزة مبنياً للمفعول ونائب فاعله ضمير الرجوع (**إلا**) حرف استثناء (**بعلم المال**) يتعلق بالرجوع المقدر قبل إلا أي منع رجوع المنفق في كل حال إلا في حال علم المال (**أو يسر الأب**) والجملة من أبي ونائبه ومتعلقه استئنافية، والمعنى أن من أنفق على صغير كان له أب أم لا. فإنه يرجع بما أنفق في مال الأب أو الصبي إن كان لهما مال وعلمه المنفق، ويقدم مال الصبي على مال الأب حيث كان لكل منهما مال علمه المنفق، فذكر الناظم للرجوع شرطين: أحدهما وجود المال للابن أو للأب، والثاني علم المنفق به وهما مفهومان من قوله: إلا بعلم المال أو يسر الأب. إذ العلم بالمال فرع وجوده وظاهره أنه لا بد من علم يسر الأب، فالعلم بالأب دون العلم بيسره لا يكفي وهو كذلك كما لابن رشد خلافاً لـ(ز) فإن لم يكن لهما مال أصلاً وقت الإنفاق أو كان وتلف فلا تتبع ذمتهما فيما استفاداه بعد ولو شرط المنفق عند الإنفاق أن يرجع في المستفاد لم

أضر به في تجويعه أو تكليفه من العمل ما لا يطيق وتكرر ذلك منه بيع عليه (**ومنفق على صغير مطلقاً**) أي كان له أب أو لا (**له**) أي للمنفق (**الرجوع بالذي قد أنفقا على أب**) مليء بحيث تلزمه نفقة ابنه (**أو**) على (**مال الابن**) أي أو في مال الصغير حيث كان له مال وليس له أب فإن كانا معاً ففي مال الابن وإن لم يف كملها الأب (**أبي**) أي منع رجوع المنفق (**إلا بعلم المال أو يسر الأب**) قال المتيطي: يرجع بستة شروط أن يكون للصغير مال حال الإنفاق، وأن يكون ماله غير عين، وأن ينوي المنفق الرجوع بنفقته، وأن يحلف على ذلك وأن تكون النفقة غير سرف اهـ. وقوله: وأن يكون غير عين هذا الشرط إنما هو في إنفاق الوصي أو الأب فيفرق حينئذ بين العين وغيرها، فإذا أنفق الوصي وتحت يده للمحجور ناض فليس له رجوع عليه، ويحمل على التطوع في نفقته لأن اليتيم غير محتاج إلى سلفه قاله ابن يونس. ومعناه والله أعلم: إذا مات الوصي ولم يعلم ما عنده وقوله: وأن ينوي المنفق الرجوع هذا أحد قولين وهو المعتمد، وبه جزم (خ) في باب النفقات إذ قال: وعلى الصغير إن كان له مال وعلمه المنفق وحلف أنه أنفق ليرجع، وفي المعيار أثناء جواب للعبدوسي، وكذلك يرجع إذا أنفق ولم يرد رجوعاً ولا عدمه فإنه يحلف على ذلك ويرجع اهـ. وقد أشار له (خ) في باب اللقيط إذ قال: والقول له إن لم ينفق حسبة، وهناك ذكره ابن شاس وغيره انظر الجواهر،

يعمل بشرطه خلافاً لأشهب كما في (ح) وكذا إن كان لهما مال ولم يعلم به المنفق فلا رجوع أيضاً.

وبقي للرجوع شرط ثالث وهو أن ينوي المنفق الرجوع بنفقته وهو شرط لا بد منه على المعتمد كان المنفق وصياً أو أجنبياً كما اقتصر عليه (خ) في باب النفقة حيث قال: وعلى الصغير إن كان له مال علمه المنفق وحلف أنه أنفق ليرجع الخ، وقيل لا يشترط هذا الشرط بل كذلك يرجع إذا لم ينو رجوعاً ولا عدمه وعليه عول (خ) في اللقطة حيث قال: والقول له إنه لم ينفق حسبة اهـ. ونقله (ق) أيضاً عن المدونة في باب النفقة. ولعل الناظم عول على هذا القول، فلذا لم يشترط نية الرجوع وشرط رابع وهو أن تكون النفقة غير سرف بالنسبة للصغير، وإلا لم يرجع بالسرف، ولعل الناظم اتكل في ترك هذا الشرط على القواعد لأن كل من تصرف لغيره فإنما يلزم من تصرفه ما فيه مصلحة ولا مصلحة في السرف حتى يرجع به، وشرط خامس بالنسبة للوصي والأب ومن هو بمنزلتهما وهو أن يكون مال الصبي غير عين، فإذا أنفق الوصي أو الأب ونحوه، وتحت يديهما للمحجور عين فليس لهما رجوع عليه ويحملان على التطوع، لأن اليتيم غير محتاج لسلفهما، وأما غير الوصي والأب ومن تنزل منزلتهما من كافل أو حاضن فيرجع، وإن كان مال اليتيم عيناً لأنه ليس بيده وأما الشرط السادس وهو حلفه أنه أنفق ليرجع فسيأتي في قوله: ومع يمين يستحق ماله. وهذا في غير الوصي، وأما هو فلا يمين عليه كما يأتي للناظم. ومفهوم على صغير أن من أنفق على بالغ له الرجوع، وإن كان فقيراً وقت الإنفاق وهو كذلك كما في المعيار وغيره، ثم إذا توفرت الشروط وجب الرجوع سواء كان الصغير ربيباً للمنفق أم لا. وهنا مسألتان. **إحداهما**: قال في الطرر: لو تزوجت امرأة وتطوع زوجها بنفقة ابنها ثم تريد هي الرجوع بها على ابنها في حياته أو بعد وفاته، وكان له مال وقت الإنفاق فإنه لا رجوع لها عليه لأنه معروف من الزوج وصلة للربيب والأم لم تترك من حقها شيئاً، وذكر بعض أصحابنا أنها وقعت في مجلس الشيوخ فأجمعوا على هذا، وفي مجلس آخر قالوا: سواء كان تطوعاً أو شرطاً في أصل عقد النكاح إذا كان لأجل معلوم. هكذا نقله البرزلي ونحوه في ابن سلمون وابن عرفة. وزاد: فإن مات المتطوع سقط الرجوع، وإن كان لمدة وبقي من المدة شيء لأنها هبة لم تقبض اهـ. ونقله (ح) في أول التزاماته وقال عقبه: وأما إذا كان تطوعاً فظاهر لأن الهبة تبطل بموت الواهب قبل قبضها، وأما إذا كان شرطاً في العقد وأجزناه إذا كان لمدة معلومة كما رجحه ابن رشد، فينبغي أن لا تسقط وأن تحل بموت الزوج أي: ويوقف من تركته مقدار ما يفي بنفقته في بقية المدة كما تقدم.

قلت: وينبغي أيضاً أن ترجع الزوجة على ابنها في مسألة الشرط لأنها تركت من صداقها للشرط المذكور فهي قد تركت من حقها لأجله فتأمله والله أعلم. ولذا حذف الشيخ (م) والشارح مسألة الشرط فلم ينقلوها قال (م): وقد كنت لفقت بيتاً فقلت:

وقد نقله المواق أيضاً عن المدونة في قوله كمنفق على أجنبي ونصه عنها، وكذلك من أنفق على أجنبي مدة فله اتباعه بما أنفق إلا أن يعرف أنه أراد وجه الصلة والضيافة فلا شيء له اهـ.

ومن بإنفاق الربيب طاع لا رجوع للأم على ابن فاقبلا

ثانيتهما: قال البرزلي إثر نقله مسألة الطرر المتقدمة ما نصه: وقعت مسألة وهي امرأة لها ولد تأخذ عليه النفقة من أبيه فتزوجت رجلاً واشترطت عليه نفقة الولد أجلاً معلوماً أو تطوع بها بعد العقد مدة الزوجية، وأرادت الرجوع بذلك على أبي الولد، فوقعت الفتيا بأن ذلك إن كان مكتوباً من حقوقها فيجب لها الرجوع متى شاءت وإسقاطه لزوجها فهي ترجع بنفقته على أبيه، وإن كان ذلك للولد فلا رجوع لها على أبيه بشيء وهو جار على الأصول، وكأنه شيء وهب له فينفقه على نفسه لا على ابنه، والأول مال وهب لأمه، فإذا أنفقته على ولدها رجعت به على أبيه اهـ. وتقدم هذا في أول الخلع.

تنبيه: قد تقدم أن من تطوع بنفقة ربيبه مدة الزوجية فإنما يلزمه الإنفاق عليه ما دام صغيراً لا يقدر على الكسب أي: وما لم يطرأ له مال لم يكن له وقت التطوع وإلاَّ لم يلزمه كما في خلع المعيار.

تنبيه آخر: لهذه المسألة في الرجوع نظائر من ذلك من أدى عن رجل ديناً عليه بغير أمره، فله أن يرجع عليه كما مر في قول الناظم: إذ قد يؤدي دين من لا أذنا. وكذلك من فدى حراً من أيدي العدو، كما نص عليه (خ) في الحرابة وكذلك من كفن ميتاً فله أن يرجع في تركته، وليس لورثته منعه، وكذلك من فدى متاعاً من أيدي اللصوص فله حبسه حتى يأخذ ما فداه به كما قاله أبو الحسن، ونص عليه (خ) في الجهاد. قال أبو الحسن: وانظر من أدى عن إنسان ما لم يلزمه لظالم حبسه فيه، فالمشهور أنه لا يلزمه. وقال ابن كنانة: يلزمه وذلك قربة لمن فعله اهـ.

٥٩٨- وَيَرْجِعُ الوَصِيُّ مُطْلَقاً بِمَا يُنْفِقُهُ وَمَا اليَمِينُ أُلْزِمَا

(ويرجع الوصي) جملة استئنافية **(مطلقاً)** حال **(بما أنفقه)** يتعلق بيرجع **(وما)** نافية **(اليمين)**

(ويرجع الوصي) حيث أنفق على محجوره **(مطلقاً بما ينفقه)** إلا طلاق راجع للوصي أي سواء كان وصي أب أو قاض أو للرجوع أي يرجع سواء أشهد أم لا كان في كفالته أم لا. **(وما اليمين ألزما)** ما نافية أي ولم تلزمه يمين، وهذا قول والراجح خلافه، وكان المصنف عقد في هذا البيت والذي بعده قول ابن سلمون وإن كان المنفق وصياً من أب أو قاض فله الرجوع بذلك في ماله دون يمين تلزمه ولا إثبات له لأنه مأمور بالإنفاق على اليتيم، وقد قيل عليه اليمين وإن كان غير وصي فلا بد من إثبات حضانته له وكفالته ويمينه بعد ذلك، ولا يحتاج أن يشهد أن إنفاقه إنما هو ليرجع. وروي أنه ليس له أن يرجع إلا أن يكون قد أشهد اهـ. وهذا خلاف ما في التوضيح وشراح المختصر. قال ابن الحاجب: ومهما نازعه الصبي في قدر النفقة فالقول قوله لأنه أمين. قال في التوضيح: يعني إن نازع الصبي في قدر النفقة، فالقول قول الوصي، وعلله بأنه أمين وقيده بقيدين في المدونة قال فيها: ويصدق في الإنفاق عليهم إن كانوا في حجره ولم يأت بسرف، وظاهر ما في زكاة الفطر من المدونة أنه لا يشترط كونهم في حضانته، لكن الأكثر على اعتبار هذا الشرط إلا ما استحسنه. اللخمي: من أن الأم إن كانت فقيرة محتاجة ويظهر على الولد أثر النعمة والخير أن الولي يصدق، وإن لم يكونوا في حجره، ولعل المصنف ترك القيد الأول لأنه فرض النزاع مع

مفعول ثان بـ (أُلزما) المبني للنائب ومفعوله الأول ضمير الوصي، والمعنى أن الوصي يرجع بالنفقة مطلقاً اشهد أم لا. كان الوصي وصي أب أو قاض كان اليتيم في كفالته أم لا؟ بدليل قوله: وغير موص يثبت الكفالة. إذ مفهومه أن الوصي لا يثبتها وهو تابع في عدم اليمين وعدم إثبات الكفالة، أو الإنفاق لابن سلمون لأنه قال ما حاصله: وإن كان المنفق وصياً فله الرجوع دون يمين تلزمه، ولا إثبات للإنفاق أي ولا لكونهم في حضانته وكفالته، وإن كان غير وصي فلا بد من إثبات حضانته وكفالته ويمينه بعد ذلك، ولا يحتاج إلى أن يشهد اهـ. وهو خلاف المعتمد من أنه لا بد من يمينه بعد أن يثبت الإنفاق عليهم أو كونهم في حجره إلا ما استحسنه. اللخمي: من أن الأم إذا كانت فقيرة محتاجة ويظهر على الولد أثر النعمة والخير أن الوصي يصدق، وإن لم يكونوا في حجره قال في المدونة: ويصدق في الإنفاق عليهم إن كانوا في حجره ولم يأت بسرف، وظاهرها في زكاة الفطر أنه لا يشترط كونهم في حجره، والمذهب اشتراطه كما مرّ، وما تقدم من وجوب يمينه هو المعتمد، واختلف إذا أراد أن يحسب أقل ما يمكن فإن كان الإنفاق من مال الوصي كما هو موضوع النظم فله ذلك، ولا إشكال وإنما يحلف أنه أنفق ليرجع وإن كان الإنفاق من مال الصبي واختلفا في قدره فالقول للوصي مع يمينه، فإن قال: احسب أقل ما يمكن واسقط الزائد فقال أبو عمران: لا يمين، وقال عياض: لا بد منها، فلو قال الناظم إثر قوله: أو يسر الأب ما نصه:

وكونه عيناً وليس في يده	أو عرضاً مطلقاً بقصد أوبته
ومع يمين يستحق ماله	إن أثبت الإنفاق والكفالة

والواو في قوله: والكفالة بمعنى «أو» وبالجملة فلا فرق بين الوصي وغيره المشار له بقوله:

٥٩٩ـ وَغَيرُ مُوصٍ يُثْبِتُ الكَفَالَهْ ... وَمَعْ يَمِينٍ يَسْتَحِقُّ مَالَهْ

من أنه لا بد من إثبات كونهم معه على مائدة واحدة أو إثبات الإنفاق عليهم ويحلف بعد ذلك أنه أنفق ليرجع فيشهد الشهود أنه كان يدفع النفقة إلى حاضنتهم فلانة كذا وكذا ديناراً وقمحاً وشعيراً وسمناً مثلاً في كل شهر مدة من كذا عاماً بمحضرهم ومعاينتهم، أو بإقرار

الصبي، ولو كانوا في غير حجره لكان نزاعه إنما هو مع من هم في حجره، وترك القيد الثاني للإحالة على القواعد، إذ كل من قبل قوله: فإنما ذلك إذا ادعى ما يشبه وإذا قلنا القول قوله فلا بد من حلفه نص عليه مالك وابن القاسم وغيرهما، واختلف إذا أراد أن يحسب أقل ما يمكن ويسقط الزائد، فقال أبو عمران: لا يمين، وقال عياض: لا بد منها إذ قد يمكن أقل منه فأين قوله: وما اليمين ألزما، ولما قال في المتن: والقول له في قدر النفقة. أي إذا اختلفا فيه قال الزرقاني: وكذا في أصل الإنفاق أو فيهما ومحل ذلك كله إذا كان في حضانته وأشبه وحلف وإلا لم يقبل قوله إلا ببينة اهـ.

(و) منفق (غير موص) وأراد الرجوع (يثبت الكفالة) وأنهم كانوا على مائدته أو الإنفاق ويحلف أنه أنفق ليرجع كما مر وهو قوله: (ومع يمين يستحق ماله).

الحاضنة لديهم، أو يشهدون أنهم يعرفون الصبي فلاناً يتيماً في حضانة قريبه فلان مثلاً منذ كذا وكذا عاماً، وفي كفالته وعلى مائدته لا يعلمونه انتقل عن ذلك حتى الآن أو بطول المدة المذكورة، ولا يقولون ينفق عليه من ماله الخاص به كما يفعله عوام العدول عندنا اليوم، فإن قالوه بطلت شهادتهم لأنه محض زور إذ من أين لهم أنها من ماله الخاص به، ثم إذا ثبت أحد الرسمين يقول: بالله الذي لا إله إلا هو لقد أجريت النفقة والكسوة على الصبي المذكور طول المدة المذكورة من مالي الخاص بي لا رجع بذلك، وأحاسب الصبي المذكور وما قبضت منها شيئاً قليلاً ولا كثيراً، ولا وهبت ولا أسقطت ولا أحلت ولا استحلت ولا أخذت كفيلاً ولا حميلاً ولا رهناً ولا عوضاً ولا خرجت عن ذلك، ولا عن شيء منه بوجه حتى الآن، ثم تكتب له هذه اليمين في ظهر رسم الإنفاق على هذه الكيفية كما في ابن سلمون وسيأتي في الوصية:

وإن أب من ماله قد أنفقا ... على ابنه في حجره ترفقا

الخ.

فالكلام هنا عام في الأب وغيره إلا في اليمين فلا يحلفها الأب وما يأتي خاص بالأب وورثته، وهذا إذا كانت عادة الآباء الرجوع بالنفقة على أولادهم، فقد سئل السيوري عن الرجوع بالنفقة على الابن؟ فأجاب: يسألون عن عادة بلدهم في النفقة على أولادهم، فإن كان شأنهم الرجوع فالحكم على ذلك، وإن كانت عادة أمثالهم غالباً عدم الرجوع فالحكم على ذلك، وإن كان يختلف وهو مساوٍ أو متقارب فيرجع بعد يمين من يرث الطالب أنهم لا يعلمون أنه أنفق لا ليرجع إن كانوا ممن يشبه أن يعلموا اهـ. وهو واضح لأن العرف كالشاهد الواحد أو الشاهدين، فعلى أنه كالشاهدين لا يحلف إن كانت عادتهم الرجوع.

فصل في التداعي في النفقة

٦٠٠ـ وَمَنْ يَغِبْ عَنْ زَوْجَةٍ وَلَمْ يَدَعْ ... نَفَقَةً لَهَا وَبَعْدَ أَنْ رَجَعْ

(ومن) اسم شرط مبتدأ **(يغب)** فعل الشرط **(عن زوجة)** يتعلق به **(ولم يدع)** معطوف على يغب **(نفقة)** مفعول **(لها)** يتعلق بنفقة أو بيدع **(وبعد أن رجع)** يتعلق بقوله:

٦٠١ـ نَاكَرَهَا فِي قَوْلِهَا لِلْحِينِ ... فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مع الْيَمِينِ

(ناكرها في قولها في الحين) متعلقان بناكرها أيضاً **(فالقول)** مبتدأ **(قوله)** خبر **(مع اليمين)**

فرع: لو تطوع رجل بالإنفاق على ابن زوجته فأرادت الزوجة أن ترجع على ابنها بذلك في حياته أو بعد مماته فلا شيء لها. لأنه معروف وصلة للربيب وفي ذلك قيل:

ومن بإنفاق الربيب طاع لا ... رجوع للأم على ابن فاقبلا

فصل في التداعي في النفقة

(ومن يغب عن زوجة ولم يدع نفقة لها وبعد أن رجع) من غيبته وطالبته بها لإنفاقها على نفسها إلى حين رجوعه **(ناكرها في قولها للحين)** وزعم أنه ترك لها ما تنفق منه أو أرسله لها **(فالقول قوله مع اليمين)** (خ): وحلف لقد قبضتها لا بعتها **(ما لم تكن لأمرها قد رفعت)** (خ) الحاكم لا لعدول

يتعلق به والجملة جواب الشرط والشرط وجوابه خبر من.

٦٠٢ـ مَا لَمْ تَكُنْ لأَمْرِهَا قَدْ رَفَعَتْ قَبْلَ إِيَابِهِ لِيَقْوَى مَا ادَّعَتْ

(ما) ظرفية مصدرية متعلقة بقوله المتقدم **(لم تكن)** اسمها ضمير الزوجة **(لأمرها)** يتعلق بقوله **(قد رفعت)** والجملة خبر تكن والجملة من تكن وما بعده في محل جر بإضافة ما إليها والتقدير مدة عدم رفعها لأمرها **(قبل إيابه)** يتعلق برفعت والضمير المجرور بالإضافة يرجع للزوج **(ليقوى)** منصوب بأن مقدرة بعد اللام والجملة تسبك بمصدر متعلق برفعت أيضاً **(ما)** موصول فاعل بيقوى **(ادعت)** صلة ما وفاعله ضمير الزوجة والرابط محذوف أي ادعته.

٦٠٣ـ فَيَرْجِعُ القَوْلُ لَهَا مَعَ الحَلِفْ وَالرَّدُّ لِلْيَمِينِ فِيهِمَا عُرِفْ

(فيرجع القول لها) جواب شرط مقدر أي فإن رفعت فيرجع القول لها الخ **(مع الحلف)** في محل نصب على الحال **(والرد)** مبتدأ **(لليمين فيهما)** متعلقان به وجملة **(عرف)** بالبناء للمفعول ومعنى الأبيات الأربع أن الزوج إذا غاب عن زوجته ولم يترك لها نفقة على زعمها وبعد رجوعه ناكرها وادعى أنه تركها لها أو أرسلها إليها، فإن القول قوله في ذلك مع يمينه ما لم تكن رفعت أمرها للحاكم في مغيبه لتقوي دعواها، ولم يجد الحاكم له مالاً يفرض لها فيه فأذن له بالإنفاق على نفسها ورضيت أو وجد له مال ولم تسمح ببيعه ورضيت أن تسلفه نفقتها، فيكون حينئذ القول قولها مع يمينها من حين الرفع وتحاصص الغرماء بما أنفقت على نفسها من حين رفعها في الدين الحادث دون القديم، وكذا بما أنفقته على أولادها الصغار، ولمن وجبت عليه اليمين ردها وقلبها على صاحبه في الصورتين ثم أنه إذا حلف في مسألة الإرسال فيحلف لقد قبضتها لا بعثتها كما في (خ) وظاهر النظم أن الرفع للعدول والجيران لا يكفي وهو كذلك على المشهور، وإنما قلنا هذا ظاهره لأن الرفع إذا أطلق إنما ينصرف للرفع للحاكم. وذكر ابن عرفة أن العمل استمر عندهم على مقابل المشهور وأن شكواها للعدول كالرفع للحاكم، وأما للجيران فلغو لكن قال (خ) في تكميله العمل بفاس على المشهور فلا بدّ من الرفع للحاكم، لكن هذا مع تيسر الرفع له وإلا فينبغي أن العدول والجيران كالحاكم لعذرها حينئذ، ومفهوم ومن يغب أن الحاضر يكون القول قوله من غير تفصيل، وإنما كان القول قوله حيث كان حاضراً أو غائباً ولم ترفع لأنها في حوزه، والقول قول الحائز قاله البرزلي. ولذا لو كانت في غير داره وحوزه فالقول قولها في عدم بلوغها ومحل قبول قوله حيث ادعى أنه كان ينفق أو يدفع النفقة في زمنها شيئاً فشيئاً أو ادعى دفعها لها جملة واحدة في أول المدة المتنازع فيها أما إذا ادعى دفعها جملة واحدة بعد تحملها عليه لما مضى فلا يقبل قوله إجماعاً قاله ابن رشد ثم لها أن تطلبه عند إرادة السفر بنفقة المستقبل ليدفعها لها أو يقيم لها كفيلاً قاله (خ) وغيره.

أو جيران. ابن عرفة: استمر العمل في هذا أن الرفع للعدول كالرفع للحاكم، وأما الرفع للجيران فلغو. قال ابن غازي: في تكميل التقييد، والذي به العمل بفاس أنه لا بد من الرفع للحاكم وإلا فيكون القول قول الزوج في الإنفاق اهـ. فإذا رفعت للحاكم **(قبل إيابه)** أي الزوج من غيبته **(يقوي)** متعلق برفعت **(ما ادعت فيرجع القول لها مع الحلف)** لأن رفعها كشاهد عرفي فتحلف معه وتستحق. **(والرد لليمين فيهما عرف)** فمن كان القول له منهما فله أن يحلف وله أن يرد اليمين على

٦٠٤ـ وَحُكْمُ مَا عَلَى بَنِيهِ أَنْفَقَتْ كَحُكْمِ ما لِنَفْسِهَا قَدْ وَثَّقَتْ

(**وحكم ما على بنيه أنفقت**) مبتدأ ومضاف إليه وما واقعة على الإنفاق وأنفقت صلته والرابط محذوف (**كحكم ما لنفسها قد وثقت**) خبر عن المبتدأ، والمعنى أن حكم الزوجة إذا أنفقت على أولادها الصغار من زوجها الغائب كحكم إنفاقها على نفسها فإن رفعت أمرهم كان القول قولها من حين الرفع مع يمينها، وإلاّ فالقول قوله مع اليمين ومحل رجوعها بنفقتها في المسألة قبلها وبنفقة بنيها في هذه إن ثبت يسره في غيبته أو خرج موسراً، وأما إن ثبت عسره في غيبته أو جهل حاله فيها ولكن خرج معسراً وقدم كذلك فلا تتبعه لا بنفقتها ولا بنفقة أولادها ولا تحاص بها الغرماء، ويفهم هذا الشرط من تنصيصه على مجهول الحال في قوله بعد: فإن يكن مدعياً حال العدم الخ، فأما إن كانت له أصول في البلد فتباع لها في النفقة إلا دار السكنى، فإنها تباع للزوجة دون الأولاد كما مر تحصيله أول الباب فيفترقان في هذه كما يفترقان في مسألة أخرى ذكرها ابن فرحون في ألغازه قال: رجل غائب ويسره في غيبته معلوم، فلما قدم ألزمناه بنفقة الزوجة دون الأولاد فترجع عليه الزوجة بنفقتها على نفسها، وكذلك لو كان المنفق أجنبياً فإنما يرجع بنفقة الزوجة لأنه يقول: إن كنت عندكم موسراً في ظاهر أمري فأنا أعلم من باطن أمري أن نفقة ولدي لا تلزمني لما أعلمه من عسري، فالقول قوله في ذلك دون يمين ولا تلزمه نفقة الأولاد اهـ باختصار. وهو موافق لما مر من أن المنفق على الصغير لا يرجع إلا مع علم ماله أو علم يسر أبيه، وهذا وإن قدم من غيبته موسراً فهو مصدق في أنه كان وقت الإنفاق معسراً ومن ادعى يسره وقته فعليه الإثبات فقوله: ويسره في غيبته معلوم يعني في ظاهر الحال لكونه خرج موسراً أو قدم كذلك والله أعلم.

٦٠٥ـ فإِنْ يَكُنْ قَبْلَ الْمَغِيبِ طَلَّقَا فَالقَوْلُ قَوْلُهَا بِذَاكَ مُطْلَقَا

(**فإن يكن**) شرط واسمها ضمير الزوج (**قبل المغيب**) يتعلق بقوله (**طلقا**) والجملة خبرها (**فالقول قولها**) مبتدأ وخبر والجملة جواب الشرط (**بذاك**) الباء بمعنى في متعلقة بقوله (**مطلقا**) حال وإنما كان القول قولها في نفقتها على نفسها وعلى أولادها مطلقاً رفعت للحاكم أم لا. لأنها ليست في حوزه فلا يمضي قوله عليها كما مر:

٦٠٦ـ إنْ أَعْمَلَتْ فِي ذٰلِكَ اليَمِينَا وَأَثْبَتَتْ حَضَانَةَ الْبَنِينَا

(**إن أعملت في ذلك اليمينا**) شرط في قبول قولها وجوابه محذوف للدلالة عليه (**وأثبتت**

الآخر، فإن حلف وإلاّ فنكوله تصديق الناكل الأول هذا حكم ما أنفقته على نفسها. (**وحكم ما على بنيه**) الصغار منها (**أنفقت**) في غيبته وطالبته به بعد حضوره (**كحكم ما لنفسها قد وثقت**) فإن كانت رفعت لحاكم فالقول لها مع يمينها من يوم الرفع وإلا فله بيمينه ويفترقان إذا كان له دار مثلاً. وأرادت بيعها في غيبته فتباع في نفقتها دون نفقة الأولاد هذا كله إذا غاب عنها وهي في عصمته.

(**فإن يكن قبل المغيب طلقا فالقول قولها بذاك**) أي في ذلك المذكور من إنفاقها على نفسها أو على أولادها (**مطلقا**) رفعت للحاكم أو لا (**إن أعملت في ذلك اليمينا**) أي إن حلفت على ما قالت (**وأثبتت حضانة البنينا**) ومفهوم من يغب أن يكون القول قوله من غير تفصيل للعرف (خ) ولها طلبه

حضانة البنينا) هذا يرجع لهذه وللتي قبلها، وهذا مستغنى عنه بقوله فيما مر، وغير موص يثبت الكفالة الخ. ثم إذا كان في غيبته موسراً أو معسراً فلا إشكال كما مر، وإن كان مجهول الحال فهو قوله:

٦٠٧ـ فَإِنْ يَكُنْ مُدَّعِياً حَالَ العَدَمْ   طُولَ مَغِيبِهِ وحَالُهُ انْبَهَمْ

(فإن يكن مدعياً حال العدم طول) منصوب على الظرفية يتعلق بمدعيا **(مغيبه)** مضاف إليه **(وحاله انبهم)** مبتدأ وخبر والجملة حالية.

٦٠٨ـ فحَالَةُ القُدُوم لابْنِ القَاسِمِ   مُسْتَنِدٌ لها قَضَاءُ الحَاكِمِ

(فحالة القدوم) مبتدأ **(لابن القاسم)** اللام بمعنى عند كقوله تعالى: ﴿أقم الصلاة لدلوك الشمس﴾ [الإسراء: ٧٨] **(مستند)** خبر **(لها)** يتعلق به **(قضاء الحاكم)** نائب الفاعل بمستند.

٦٠٩ـ وَمُعْسِرٌ مَعَ اليَمِينِ صُدِّقَا   ومُوسِرٌ دَعْوَاهُ لَنْ تُصَدَّقَا

(فمعسر) مبتدأ سوغه التفصيل لما قبله. **(مع اليمن)** يتعلق بقوله **(صدقا)** والجملة خبر **(وموسر)** مبتدأ **(دعواه)** مبتدأ ثان **(لن تصدقا)** خبر عن الثاني والثاني وخبره خبر عن الأول والرابط الضمير المجرور بدعواه، والمعنى إذا قدم الزوج من غيبته وادعى العسرة مدة مغيبه لتسقط نفقتها عنه، وكانت حاله في الغيبة ووقت خروجه مجهولة لا يدري أكان موسراً وقتئذ أو معسراً ولم تصدقه الزوجة أو المنفق عليها في دعواه، فالمشهور وهو مذهب ابن القاسم أنه ينظر إلى حال قدومه فإن قدم معسراً صدق مع يمينه ولا يصدق إن قدم موسراً (خ): وإن تنازعا في عسره في غيبته اعتبر حال قدومه، وهذا من الاستصحاب المعكوس وهو ضعيف عند الأصوليين، وهذا كله في نفقة الزوجة، وأما نفقة الأولاد فتقدم أنه مصدق وإن قدم موسراً، وأما الأبوان فتقدم أيضاً أنه لا يفرض لهما مع جهل حال الغائب أو علم عسره وما في (ز) من أن نفقة الأولاد والأبوين في هذا كالزوجة غير سديد لأن نفقة الأولاد عنده لا يشترط في الرجوع بها علم يسر الأب كما قدمه عند قوله وحلف أنه أنفق ليرجع وهو مصادم لنقل ابن رشد وغيره والله أعلم. وانظر لو أنفق على الولد أجنبي مع علمه بالدار للأب والظاهر أنه لا رجوع لأنه في حكم الفقير فلم يقم عنه بواجب انظر ما تقدم أول الباب.

٦١٠ـ وَقِيلَ باعْتِبَارِ وَقْتِ السَّفَرِ   وَالحُكْمُ باسْتِصْحَابِ حَالِهِ حَرِي

عند سفره بنفقة المستقبل ليدفعها لها أو يقيم لها كفيلاً **(فإن يكن)** الزوج حين قدم من غيبته **(مدعياً حال العدم طول مغيبه)** وأنها سقطت بالعسر **(وحاله)** في الغيبة وفي وقت السفر **(انبهم)** أي لم ينكشف ولم يتضح أكان معسراً أو موسراً فثلاثة أقوال. الأول لابن القاسم وإليه أشار بقوله: **(فحالة القدوم لابن القاسم مستند لها قضاء الحاكم. و)**قادم **(معسر مع اليمين)** متعلق بقوله: **(صدقا** **وموسر دعواه لن تصدقا)** وعليه اقتصر (خ) إذ قال: وإن تنازعا في عسره في غيبته اعتبر حال قدومه. وهذا من الاستصحاب المعكوس وهو ضعيف عند الأصوليين، والقول الثاني لابن الماجشون أنه محمول على اليسار، والثالث أنه مصدق في عسره، وهو ظاهر قول سحنون، وإليه أشار بقوله: **(وقيل بالحمل على اليسار)** لأنه الغالب ولأن كل غريم ادعى العدم فعليه البينة **(والقول بالتصديق**

(**وقيل باعتبار وقت السفر والحكم باستصحاب حاله حري**) هذا هو مفهوم قوله: وحاله انبهم فحقه أن لا يحكيه بقيل فلو أخره عن البيت بعده وقال عوضاً منه:

وحاله إن علمت وقت السفر   فالحكم باستصحابها دون نظر

لأجاد كما قاله ولده لأن حاله في وقت السفر إذا علمت كان العمل عليها بلا خلاف حتى يثبت ما يخالفها فذكره في تعداد الأقوال التي موضوعها انبهام الحال غير سديد، ثم أشار إلى مقابل المشهور بقوله:

٦١١ـ وَقِيلَ بالحَمْلِ عَلَى اليَسَارِ   والقَوْلُ بالتَّصْدِيقِ أَيضاً جَارِي

(**وقيل**) مبني للمفعول (**بالحمل**) نائبه (**على اليسار**) فلا يصدق فيما ادعى أنه كان في مغيبة معدماً وإن قدم معدماً لأن الغالب الملاء ولأن كل عديم ادعى العدم فعليه البينة، وهذا القول لابن الماجشون (**والقول**) مبتدأ (**بالتصديق**) يتعلق به (**أيضاً**) مفعول مطلق (**جاري**) خبر أي فيصدق في دعواه الإعسار حالة الغيبة سواء قدم موسراً أو معسراً وهو لسحنون وابن كنانة قال في ضيح: ووجه أن الأصل العدم.

فصل فيما يجب للمطلقات وغيرهن من النفقة وما يلحق بها

كالإرضاع وأجرته.

٦١٢ـ إسْكَانُ مَدْخُولٍ بِهَا إلى انْقِضَا   عِدَّتِهَا مِنَ الطَّلاقِ مُقْتَضَى

(**إسكان**) مبتدأ (**مدخول**) مضاف إليه (**بها**) يتعلق به (**إلى انقضاء عدتها**) يتعلق بإسكان (**من الطلاق**) البائن صفة لعدتها (**مقتضى**) خبر أي مطلوب بحكم الشرع لقوله تعالى: ﴿لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن﴾ [الطلاق: ١] الآية لأن السكنى حق لله فليس له ولا لها إسقاطها، ولذا كانت ترجع للسكنى إن خرجت لحجة الضرورة فمات أو طلق على ما هو مبين في (خ) وغيره وقد تساهلت الناس اليوم فصارت المرأة إذا طلقها زوجها أو مات عنها تذهب لأهلها ولا يجبرها الحاكم على البقاء في بيتها إلى انقضاء عدتها، وإذا قضى عليها بالمقام في بيتها لانقضاء عدتها فأرادت أن تسكن معها أمها أو قريبة لها فلها ذلك ولا تترك وحدها ولا مقال لزوجها كما في ابن سلمون وغيره، ومفهوم قوله مدخول بها أن غيرها لا سكنى لها وهو كذلك إذ لا عدة عليها من الطلاق.

أيضاً جار) وأما قوله (**وقيل باعتبار وقت السفر والحكم باستصحاب حاله حري**) فكان حقه أن يؤخره عن قوله: وقيل بالحمل الخ ويقول عوضاً منه:

وحاله إن علمت وقت السفر   فالقول في استصحابها دون نظر

لأن حاله في وقت السفر إذا علمت كان العمل عليها بلا نزاع حتى يثبت ما يخالفها وليس من محل الأقوال إذ هو مفهوم قوله: وحاله انبهم فذكره في ترداد الأقوال التي موضوعها انبهام الحال غير لائق.

فصل فيما يجب للمطلقات وغيرهن من الزوجات من النفقة وما يلحق بها

كالإرضاع وأجرته (**إسكان**) زوجة (**مدخول بها إلى انقضا عدتها من الطلاق مقتضى**) أي المدخول بها إذا طلقت تجب لها السكنى إلى أن تنقضي عدتها اقتضى ذلك كونها محبوسة بسببه.

٦١٣ـ وذَاتُ حَمْلٍ زِيدَتِ الإنْفَاقَا لِوَضْعِهَا وَالْكِسْوَةَ اتِّفَاقَا

(وذات حمل) مبتدأ **(زيدت)** مبني للمفعول ونائبه ضمير المبتدأ **(الإنفاقا)** مفعول ثان لزيدت **(لوضعها)** يتعلق بزيدت **(والكسوة)** معطوف على الإنفاق **(اتفاقاً)** حال والمعنى أن المطلقة طلاقاً بائناً إذا كانت حاملاً فإنه يزاد لها على السكنى النفقة والكسوة إلى وضع حملها إذ كل حامل لها النفقة والكسوة إلا المتوفى عنها والملاعنة، وقوله: لوضعها أي ولو وضعته لخمسة أعوام والنفقة بقدر وسعه وحالها كما مر. وكما يأتي في قوله: بحسب الأقوات والأعيان والسعر والزمان والمكان (خ): فيفرض الماء والزيت والحطب والملح واللحم المرة بعد المرة، وانظر نوادر الطلاق والرجعة والعدة من نوازلنا التي جمعناها فإن الكلام فيها أوسع، وأما الكسوة فيفرض لها الدرع أي القميص والخمار أي ما تخمر به رأسها أي ما تغطيه به والإزار وينظر إلى الغالب من مدة الحمل، فإن قيل غالبه تسعة أشهر قيل: وكم ثمن هذه الكسوة وفي كم تبلى؟ فإن قيل تبلى في سنتين قسم ثمنها عليه وكسيت بحسبه انظر ما تقدم عند قوله: ولبس ذات الحمل بالحمل اقترن. كما لو طلقها بقرب وضعها فلها بقدر ذلك من الكسوة ثمناً (خ) وفي الأشهر قيمة منابها.

٦١٤ـ وما لها إنْ مَاتَ حَمْلٌ مِنْ بقَا واسْتَثْنِ سُكْنى إنْ يَمُتْ مَنْ طَلَّقَا

(وما) نافية **(لها)** خبر مقدم والضمير للكسوة وأحرى النفقة **(إن مات حمل)** شرط وفاعله وجوابه محذوف للدلالة عليه (من بقا مبتدأ جر بمن الزائدة، والمعنى أنه لا بقاء للنفقة والكسوة إن مات الحمل في بطن أمه، واعترفت بموته لأن النفقة إنما كانت لها لأن الولد يتغذى بغذائها فإذا مات لم يبق له غذاء بهذا. أجاب ابن دحون وابن الشقاق وغيرهما، وهو المعتمد كما في الأجهوري وما في زمن أن المعتمد هو استمرار نفقتها ومسكنها إن مات في بطنها إلى وضعها إذ بذلك وقع الحكم من القاضي. ابن محرز. وأفتى به آخرون الخ. معترض، وأما المسكن فيستمر

(وذات حمل) أي وإن كانت المطلقة البائن حاملاً **(زيدت)** مع السكنى **(الإنفاقا)** واستمرا معاً **(لوضعها)** إذ به انقضاء عدتها **(و)**زيدت أيضاً **(الكسوة اتفاقا)** والكسوة الدرع والخمار والإزار فإن قرب الوضع أعطيت بقدر ذلك من الكسوة ثمناً قاله مالك (خ): وفي الأشهر قيمة منابها **(وما لها)** أي النفقة **(إن مات حمل)** في بطنها واعترفت بموته **(من بقا)** لأن النفقة إنما كانت للحمل، وبهذا أجاب ابن دحون وابن الشقاق، وأفتى به البرزلي قائلاً صار بطنها كفناً له وحكم فيها القاضي ابن الخراز باستمرار النفقة لها، وأفتى به آخرون أما إذا مات الحمل بعد وضعه أو وضعته ميتاً فقد خرجت من العدة فلا نفقة لها ولا سكنى، فإن مات المطلق سقطت النفقة وبقيت السكنى وإليه أشار بقوله: **(واستثن سكنى إن يمت من طلقا)** قبل وضع الحامل أو انقضاء العدة، لأنه حق تعلق بذمة المطلق للمطلقة، فلا يسقطه الموت كسائر الديون كان المسكن له أو لا نقد كراءه أو لا وهذا كالاستثناء المنقطع لأن المستثني منه موت الحمل وهذا موت المطلق، وأيضاً الحكم في المستثنى وهو سقوط النفقة وبقاء السكنى هو الحكم في المستثنى منه ولو قال: إلا إذا مات الذي قد طلقا لصح. وكان مستثنى من البيت الذي قبله، وأما جعل الشيخ (م) الضمير في لها للمذكورات من النفقة والكسوة والسكنى ففيه نظر، وتقديره بما إذا وضعته ميتاً أو مات بعد الوضع خروج عن الموضوع لأن هذه انقضت عدتها.

لها وإن مات في بطنها إلى وضعه إذ به تخرج من العدة كما في (ح) عن المشذالي وغيره قائلاً هو صريح القرآن الكريم، وإنما حملنا النظم على ما إذا مات في بطنها ولم تضعه لأنه الذي فيه النزاع وهو المتوهم، وأما إذا مات بعد وضعه أو وضعته ميتاً فقد خرجت من عدتها فلا يتوهم أحد استمرار شيء من النفقة والكسوة والإسكان لها. **(واستثن)** أمر **(سكنى)** مفعوله **(إن يمت)** شرط **(من)** فاعله **(طلقا)** صلة والمعنى أن المطلق إذا مات قبل وضع الحمل، أو قبل انقضاء العدة إن لم تكن حاملاً فإن النفقة والكسوة يسقطان وتبقى السكنى للوضع وانقضاء العدة لأنها حق تعلق بذمته فلا يسقطه الموت كسائر الديون كان المسكن له أم لا .نقد كراء أم لا. ويؤخذ الكراء من رأس ماله بخلاف الرجعية أو التي في العصمة فلا يستمر لها السكنى إن مات إلا إن كان له أو نقد كراءه كما يأتي، وهذا الشطر كالاستثناء المنقطع لأن المستثنى منه موت الحمل وهذا موت الزوج المطلق، وأيضاً الحكم في المستثنى وهو سقوط النفقة والكسوة وبقاء السكنى هو الحكم في المستثنى منه كما قررنا، فلو قدم هذا الشطر على الذي قبله لكان مستثنى من قوله: زيدت الإنفاق الخ، ويكون الضمير في لها عائداً على النفقة لأنها المحدث عنها والكسوة تابعة لها، ويصح أن يبقى على حاله ويكون مستثنى من مفهوم قوله: إن مات حمل أي فإن لم يمت فيستمران إلا إن مات المطلق فيسقطان وتبقى السكنى أي: واستثنى السكنى مما إذا لم يمت الحمل ومات المطلق، وإنما سقطت الكسوة والنفقة حينئذ لأن الحمل صار وارثاً ولا نفقة لأمه في ماله أيضاً بل هي التي تنفق على نفسها ولا ترجع بشيء كما في المقصد المحمود وغيره.

٦١٥ـ وَفِي الْوَفَاةِ تَجِبُ السُّكْنَى فَقَدْ ... فِي دارِهِ أَوْ مَا كِرَاءَهُ نَقَدْ

(وفي الوفاة) يتعلق بقوله **(تجب السكنى)** فاعل **(فقد)** اسم فعل بمعنى اكتف ويصح أن يكون بمعنى حسب **(في داره)** يتعلق بالسكنى **(أو ما)** موصولة معطوفة على داره واقعة على البيت أو المسكن (كراءه) مفعول بقوله (نقد)، والجملة صلة والرابط الضمير في كراءه، والمعنى أن التي توفي عنها زوجها وهي في عصمته أو رجعية تجب لها السكنى فقط كانت حاملاً أم لا بشرطين. أحدهما: أن يكون قد دخل بها فإن لم يدخل بها أصلاً أو دخل بها وهي غير مطيقة فلا سكنى لها لأن الدخول بغير المطيقة كالعدم إلا أن تكون صغيرة لا يوطأ مثلها وأسكنها معه في حياته ثم مات فلها السكنى حينئذ في العدة. عند ابن القاسم، لأن إسكانها معه بمنزلة دخولها بها. ثانيهما: أن يكون المسكن مملوكاً له أو نقد كراءه قبل موته فإن انقضت مدة النقد قبل انقضاء مدة العدة لم يلزم الوارث سكناها بقية المدة، وظاهره أن لها السكنى فيما نقده كان الكراء وجيبة أي مدة معينة أو مشاهرة ككل شهر أو يوم أو سنة بكذا وهو كذلك، ومفهومه أنه إذا لم ينقد لا سكنى لها وجيبة كان أيضاً أو مشاهرة وهو كذلك على المعتمد، وقيل: لها السكنى في الوجيبة لأنها بمنزلة النقد وإن لم ينقد بالفعل (خ): وللمتوفى عنها السكنى إن دخل والمسكن له أو نقد كراءه لا بلا نقد وهل مطلقاً أو إلا الوجيبة تأويلان اهـ. فقول الناظم: وفي الوفاة هو

(وفي) عدة **(الوفاة تجب)** للمتوفى عنها بعد الدخول حاملاً كانت أو لا **(السكنى فقد)** فحسب **(في داره)** أي مسكنه المملوك **(أو ما)** أي مسكن **(كراءه نقد)** فإن كان لم ينقد كراءه لم تكن أحق به قاله في المدونة، وهل مطلقاً أو إلا الوجيبة تأويلان. ولما ذكر أن الحامل المطلقة تجب لها النفقة

على حذف مضاف وأل عوض عن الضمير أي وفي عدة وفاته، ولا تجب عدة الوفاة إلا إذا مات عنها وهي في عصمته أو رجعية، وأما إن مات عنها وهي مطلقة بائنة فعليها عدة الطلاق وتجب لها السكنى مطلقاً كان المسكن له أو نقد كراءه أم لا كما مر.

ولما كانت الحامل قد يطول حملها فتستمر نفقتها وكسوتها وسكناها إن كانت مطلقة أو سكناها فقط إن كانت متوفى عنها احتاج إلى بيان أقصى الحمل فقال:

٦١٦ـ وَخَمْسَةُ الأَعْوَامِ أَقْصَى الحَمْلِ وَسِتَّةُ الأَشْهُرِ فِي الأَقَلِّ

(**وخمسة الأعوام**)) مبتدأ (**أقصى الحمل**) خبره فإذا مضى للبائن ثلاثة أشهر من طلاقها فقالت إن عدتها لم تنقض وكانت متهمة حلفت سواء كانت محجورة أم لا، لأن الدعوى عليها في بدنها وتمادت على سكناها إلى انقضاء السنة وللزوج إحلافها في كل ثلاثة أشهر فإذا انقضت السنة نظر إليها النساء فإن أحسسن بريبة وشككن هل حركة ما في بطنها حركة ولد أو حركة ريح حلفت أيضاً أن عدتها لم تنقض وتمادت في السكنى إلى انقضاء خمسة أعوام فتنقطع سكناها ويحل لها التزوج، وإن قالت أنا باقية على ريبتي لأن خمسة أعوام أمد ينتهي إليه الحمل على المشهور وحكم المتوفى عنها إذا كان المسكن له أو نقد كراءه حكم هذه ثم إنه لا نفقة للمتوفى عنها ولا كسوة كما مر، وكذا البائن في هذا الوجه لأن الحمل لم يثبت، وإنما أحست النساء بالريبة فقط فإن ثبت وشهدت القوابل العارفات بأنهن لمسن بطنها لمساً تاماً شافياً فتحقق أن بها حملاً ظاهراً قد تحرك وفشا الخ. فيزاد لها حينئذ النفقة والكسوة للأمد المذكور، ويجب لها ذلك من أول الحمل كما مرّ فإن انقضى الأمد المذكور والموضوع بحاله من تحقق الولد لم يحل لها التزوج أبداً كما في (ح) عن اللخمي وانظر هل تستمر لها النفقة والكسوة أيضاً وهو الظاهر لقولهم تجب النفقة للحامل ما دام الولد حياً في بطنها أو لا يستمر لها ذلك لطرو الريبة بطول المدة والخروج عن العادة.

تنبيه: نقل ابن سلمون عن الاستغناء أن الزوج إذا خاف أن تجحد مطلقته الحيض لتمام المدة وكانت ممن تتهم فله أن يجعل معها امرأة صالحة ترتقب ذلك منها وتتعرف أحوالها ويعمل على قولها اهـ.

قلت: وهذا ظاهر ولو على القول المعمول به من أنها لا تصدق في انقضاء عدتها في أقل من ثلاثة أشهر، لأن هذا القول يقول لا تصدق في الانقضاء في أقل من المدة المذكورة، وأما إذا قالت لم تنقض فهي مصدقة عنده وعند غيره ولكنها تحلف كما مر.

والسكنى احتاج إلى بيان مدة الحمل لتشوق النفس لذلك فقال: (**وخمسة الأعوام أقصى الحمل**) ابن الحاجب على المشهور، وروي أربعة، وروي سبعة. وقال أشهب: لا تحل أبداً حتى تتبين براءتها من الحمل، وفي المدونة: ولا تنكح مسترابة البطن إلا بعد زوال الريبة أو بعد خمس سنين. قال أبو الحسن: وإن قالت أنا باقية على ريبتي لأن خمس سنين أمد ما ينتهي إليه الحمل. قال الحطاب: وهذا إذا كانت الريبة هل حركة ما في بطنها حركة ولد أو حركة ريح، وإما إن تحقق وجود الولد فلا تحل أبداً قاله اللخمي ونقله ابن عرفة.

(وستة الأشهر) مبتدأ (في الأقل) خبره يعني أن أقل الحمل ستة أشهر بإجماع العلماء لقوله تعالى: ﴿وحمله وفصاله ثلاثون شهراً﴾ [الأحقاف:٥١] مع قوله تعالى: ﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين﴾ [البقرة:٢٣٣] وقال أيضاً: ﴿وفصاله في عامين﴾ [لقمان:١٤] فإذا سقطت مدة الفصال التي في الآيتين الأخيرتين من الثلاثين بقي للحمل ستة أشهر، فإذا ولدت المرأة لأقل من ستة أشهر من يوم العقد لم يلحق بالزوج وانتفى عنه بغير لعان كما تقدم في باب اللعان.

٦١٧ـ وَحَالُ ذَاتِ طَلْقَةٍ رَجْعِيَّةْ فِي عِدَّةٍ كَحَالَةِ الزَّوْجِيَّةْ

(وحال ذات) مبتدأ (طلقة) مضاف بعد مضاف (رجعية) نعت لطلقة (في عدة) يتعلق بحال (كحالة الزوجية) خبر.

٦١٨ـ مِنْ وَاجِبٍ عَلَيْهِ كَالإِنْفَاقِ إلاَّ فِي الاسْتِمْتَاعِ بِالإِطْلاَقِ

(من واجب) من بمعنى في تتعلق بالاستقرار في الخبر (عليه) يتعلق بواجب (كالإنفاق) خبر لمبتدأ محذوف (إلا) استثناء من عموم كحالة الزوجية (في الاستمتاع) يتعلق بما تعلقت به من الظرفية المتقدمة (بالإطلاق) حال من الاستمتاع، والمعنى أن حال الرجعية وقت عدتها كحال الزوجة التي في العصمة في وجوب النفقة لها وجواز إرداف الطلاق عليها ولزوم الظهار والإيلاء منها وثبوت الميراث وانتقالها لعدة الوفاة في موته عنها وغير ذلك من الأحكام إلا في الاستمتاع بها ولو بنظرة لذة، فإنه يحرم ولا تكون فيه كالزوجة حتى يرتجعها بنية، قال ابن الحاجب: ولو قال نسائي طوالق اندرجت الرجعية (خ): والرجعية كالزوجة إلا في تحريم الاستمتاع والدخول عليها والأكل معها.

٦١٩ـ وَحَيْثُ لاَ عِدَّةَ لِلْمُطَلَّقَةْ فَلَيْسَ مِنْ سُكْنَى وَلاَ مِنْ نَفَقَةْ

(وحيث) ظرف مضمن معنى الشرط خافض لشرطه منصوب بجوابه (لا) نافية للجنس (عدة) اسمها (للمطلقة) خبرها، والجملة في محل جر بإضافة حيث إليها (فليس) جواب الشرط (من سكنى) اسمها جر بمن الزائدة (ولا من نفقة) معطوف على ما قبله وخبرها محذوف للعلم به

(وستة الأشهر في الأقل) لقوله تعالى: ﴿وحمله وفصاله ثلاثون شهراً﴾ [الأحقاف:٥١] مع قوله سبحانه: ﴿وفصاله في عامين﴾ [لقمان:١٤] فإذا حصلت مدة الفصال من الثلاثين بقي للحمل ستة أشهر (وحال) مطلقة (ذات طلقة رجعية) واحدة أولى أو ثانية أو اثنتين (في عدة) أي في زمن عدتها (كحالة الزوجية من) في (واجب عليه كالإنفاق) والكسوة وثبوت الميراث وارتداف الطلاق وانعقاد الظهار ولزوم الإيلاء فهي كالزوجة (إلا في الاستمتاع) بها فلا يجوز قبل نية ارتجاعها (بالإطلاق) أي لا بوطء ولا بما دونه كقبلة ولمس ونظر لذة ابن شاس هي: محرمة الوطء على المشهور. وقال أبو حنيفة: مباحته. (وحيث لا عدة للمطلقة) أي عليها كما لو طلقت قبل البناء أو كانت غير مطيقة أو هو مجبوب (فليس) على الزوج شيء (من سكنى ولا من نفقة) وقد بانت وحلت من حينها للأزواج فليست محبوسة لأجله حتى يسكنها أو ينفق عليها، وقد تجب عليها العدة ولا يكون لها سكنى، وذلك في دعواها المسيس في زيارته لها أو لم تعلم خلوة أصلاً، وأنكرها فتعتد ولا سكنى عليه قاله

تقديره لها على الزوج، والمعنى أن المطلقة إذا كانت لا عدة عليها لكونها طلقت قبل البناء أو كانت غير مطيقة وإن وطئت بالفعل لأن وطء غير المطيقة كالعدم أو كان الزوج مجبوباً فإنه لا نفقة لها ولا كسوة ولا سكنى وقد بانت وحلت للأزواج من حينها.

والحاصل أنه كلما انتفت العدة انتفى لازمها من السكنى والنفقة ولا عكس، لأنه إذا وجبت العدة فقد ثبتت النفقة والسكنى كما إذا كانت المطلقة حاملاً أو رجعية وقد ينتفيان كما إذا لم تعلم خلوة بينهما وادعت المسيس أو علمت في زيارته لها فعليها العدة لإقرارها بسببها في الأولى ولعلم الخلوة في الثانية، وإن لم تقر بالوطء. (خ): تعتد حرة بخلوة بالغ ولا نفقة لها ولا سكنى لأنها مطلقة قبل البناء على زعمه فهي بائن غير حامل، فإن ظهر بها حمل والموضوع بحاله فإن لاعن فيه فلا شيء لها، وإلا فلها النفقة والسكنى كما مر ما لم تضعه لأقل من ستة من يوم العقد وإلا انتفى بغير لعان كما مر.

٦٢٠ـ وَلَيْسَ لِلرَّضِيعِ سُكْنَى بِالْقَضَا عَلَى أَبِيهِ وَالرَّضَاعُ مَا انْقَضَى

(**وليس للرضيع سكنى**) اسم ليس خبرها في المجرور قبله (**بالقضا على أبيه**) يتعلقان بالاستقرار في الخبر (**والرضاع**) مبتدأ (**ما**) نافية (**انقضى**) خبر والجملة حالية مقرونة بالواو يريد أن من طلق زوجته وله معها ولد رضيع، فإنه لا سكنى للرضيع على أبيه لأن مسكنه في مدة الرضاع هو حجر أمه في الغالب قاله ابن عات وغيره. نعم على أبيه نفقته إن كان يأكل مع الرضاع وفهم من قوله والرضاع ما انقضى الخ. أنه إذا انقضت له مدة الرضاع تكون له السكنى على أبيه وهو كذلك على أحد قولين، وبه العمل فيلزم الأب حظه من كراء البيت (خ) وللحاضنة قبض نفقته والسكنى بالاجتهاد ويكون عليه أيضاً إخدامه بعد تمام الرضاع إذا كان حاله يتسع لذلك كما في ابن سلمون قال: ولا خدمة للحامل ولا للرضيع على زوجها وإن كانت مخدمة قبل الطلاق على ما به العمل إلا أن المرضع يزاد لها ما تتقوى به في الأجرة بسبب اشتغالها بالولد اهـ (خ) وتزاد المرضع ما تقوى به.

٦٢١ـ وَمُرْضَعُ لَيْسَ بِذِي مَالٍ عَلَى وَالِدِهِ مَا يَسْتَحِقُّ جُعِلاَ

(**ومرضع**) بفتح الضاد اسم مفعول مبتدأ (**ليس**) اسمها ضمير المبتدأ (**بذي مال**) خبرها جر بالباء الزائدة، والجملة صفة للمبتدأ (**على والده**) يتعلق بجعلا آخر البيت (**ما**) مبتدأ ثان (**يستحق**) صلة والرابط محذوف (**جعلا**) بالبناء للمفعول خبر ما وما وخبرها خبر الأول، والمعنى أن

في المدونة. ومن طلق زوجته طلاقاً بائناً ولها منه ولد ترضعه وجب لها عليه أجرة الرضاع والسكنى لنفسها (**وليس**) لها (لـ)ـأجل (**الرضيع سكنى بالقضاء على أبيه والرضاع ما انقضى**) أي والحالة أن الرضاع لم ينقض لأن مسكنه في مدة الرضاع هو حجرها في الغالب قاله ابن عات.

(**و**) طفل (**مرضع ليس بذي مال**) أي لا يملك شيئاً (**على والده**) متعلق بجعل (**ما يستحق**) من أجرة رضاع (**جعلا**). والمعنى أن أجرة إرضاع الولد الذي لا مال له على أبيه الغني وهذا في الزوجة التي لا يجب عليها رضاع لكونها علية القدر، وليست ممن يرضعن أولادهن أو لا لبن لهن لمرض أو نحوه، وإلاّ وجب عليها إرضاع ولدها بلا أجر لأنه عرف المسلمين في كل الأمصار على

الرضيع الذي لا مال له يكون جميع ما يحتاج إليه من أجرة الرضاع وغيرها على أبيه الغني، وفهم من قوله: ليس بذي مال الخ أن مال الابن يقدم على مال الأب ولو في حياته، وهو كذلك على الراجح من إحدى الطريقتين لأن أجرة الرضاع كالنفقة يبدأ فيها بمال الابن وسيصرح بهذا في قوله: ومن له مال ففيه الفرض حق. وكلام الناظم فيما إذا كانت أمه في العصمة أو رجعية بدليل ما بعده، لكنه أطلق فيشمل علية القدر والتي لا لبن لها لمرض ونحوه وغيرهما مع أن الحكم المذكور خاص بعلية القدر والتي لا لبن لها. وأما غيرهما ولو رجعية فيجب عليها إرضاع ولدها بلا أجر (خ): وعلى الأم المتزوجة إرضاع ولدها بلا أجر إلا لعلو قدر كالبائن الخ فلو زاد الناظم بيتين فقال مثلاً:

إن ذات قدر هي أو مريضه وغيرها ترضعه فريضه
واستأجرت من مالها إن أعدما أب وكان درها قد عدما

لوفى بالمراد والدر اللبن، وبالجملة فعلية القدر التي مثلها لا يرضع ولده لعلم أو شرف أو صلاح أو جاه لا يلزمها إرضاع ولدها فإن أرضعته ولو قبل غيرها كانت لها أجرة الرضاع في مال الولد إن كان له مال فإن لم يكن له مال ففي مال الأب فإن لم يكن لهما مال لزمها إرضاعه مجاناً، وإن لم يكن لها لبن استأجرت من يرضعه من مالها، وأما غير علية القدر التي لا لبن لها فإن الأب يستأجر من يرضعه من ماله فإن لم يكن له مال استأجرت من يرضعه من مالها أيضاً.

٦٢٢ـ وَمَعْ طَلاقٍ أُجْرَةُ الإِرْضَاعِ إِلَى تَمَامِ مُدَّةِ الرَّضَاعِ

(ومع طلاق) يتعلق بالاستقرار في الخبر المحذوف. (أجرة الإرضاع) مبتدأ خبره محذوف للعلم به أي وأجرة الرضاع واجبة لها عليه مع طلاقها البائن (إلى تمام مدة الرضاع) وهو الحولان وحذف الناظم نعت طلاق كما ترى وهو وارد في التنزيل كقوله تعالى: ﴿إنه ليس من أهلك﴾ [هود:٤٦] أي الناجين، وقوله: ﴿الآن جئت بالحق﴾ [البقرة:٧١] أي البين ومن قوله مع طلاق يفهم أن البيت الذي قبله إنما هو في التي في العصمة أو من في حكمها وهي الرجعية كما مر فإن لم ترض هذه البائن بما فرض لها كان للأب أخذه ويدفعه لمن يرضعه، فإن لم يقبل غيرها كان عليها إرضاعه بما فرض لها بالقضاء فإن كان الأب معسراً لا يقدر على أجرة كان عليها إرضاعه مجاناً أو بما يقدر عليه واستأجرت من مالها إن لم يكن لها لبن كما مر. وإذا وجد الأب من يرضعه مجاناً أو بأقل من الأجرة المفروضة فلا ينزعه منها ويلزمه لها أجرة المثل كما أشار له (خ) بقوله ولها إن قبل غيرها أجرة المثل ولو وجد من ترضعه عندها مجاناً على الأرجح في التأويل.

توالي الأعصار. فمن الضروري لو زاد المصنف هنا بيتاً فقال مثلاً:

مع عصمة في ذات قدر أو مرض وغيرها ترضعه دون عوض

ومثل الزوجة في هذا الرجعية فإن كانت بائناً فلها أجرة الرضاع قال تعالى: ﴿فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن﴾ [الطلاق:٦] وإليه أشار بقوله: (ومع طلاق) أي وإن كانت ترضعه مع طلاقها وبينونتها فلها (أجرة الإرضاع إلى تمام مدة الرضاع) وهي الحولان حيث أرضعته إليهما أو إلى زمن

٦٢٣- وَبَعْدَهَا يَبْقَى الَّذِي يَخْتَصُّ بِهْ   حَتَّى يُرَى سُقُوطُهُ بِمُوجِبِهْ

(وبعدها) يتعلق بقوله **(يبقى)** والضمير المؤنث لمدة الرضاع **(الذي)** فاعل بيبقى **(يختص به)** صلة والرابط هو الضمير الفاعل بيختص وضمير به للولد **(حتى)** جارة بمعنى إلى وأن مقدرة بعدها **(يرى)** بالبناء للمفعول منصوب بأن المقدرة **(سقوطها)** نائب الفاعل **(بموجبه)** يتعلق بسقوط، وأن وما دخلت عليه تسبك بمصدر مجرور بحتى يتعلق بيبقى، والمعنى أنه يبقى الذي يختص بالولد بعد مدة الرضاع من نفقة وكسوة وسكنى لازماً لأبيه إلى رؤية سقوطه عنه بموجبه وهو بلوغ الذكر عاقلاً قادراً على الكسب ودخول الزوج بالأنثى كما مرّ في قوله:

فَفِي الذُّكُورِ لِلْبُلُوغِ يَتَّصِلْ   وَفِي الإِنَاثِ بِالدُّخُولِ يَنْفَصِلْ

تنبيه: إذا طلق وادعى العسر بنفقة الولد أو أجرة رضاعه، فإن دعواه لا تقبل ولو أثبتها لأنه قبل الطلاق كان ينفق عليها وعليه واليوم عليه فقط، فهي أخف، اللهم إلا أن يثبت بالبينة أن حالته تغيرت عما كان عليه قبل الطلاق فيحلف حينئذ أنه ما كتم شيئاً ولا يستطيع من النفقة شيئاً ثم يكون رضاعه على الأم ونفقته على المسلمين أو بيت المال قال معناه اللخمي.

٦٢٤- وَإِنْ تَكُنْ مَعْ ذَاكَ ذَاتَ حَمْلِ   زِيدَتْ لَهَا نَفَقَةٌ بِالْعَدْلِ

(وإن تكن) شرط واسمها ضمير المطلقة **(مع ذاك)** يتعلق بتكن والإشارة إلى كونها مرضعاً **(ذات حمل)** خبر تكن **(زيدت)** بالبناء للمفعول **(لها)** يتعلق به **(نفقة)** نائب الفاعل **(بالعدل)**.

٦٢٥- بَعْدَ ثُبُوتِهِ وَحَيْثُ بِالْقَضَا   تُؤْخَذُ وَانْفَشَّ فَمِنْهَا تُقْتَضَى

(بعد ثبوته) يتعلقان بزيدت أيضاً، والمعنى أن المطلقة إذا كانت ذات حمل مع كونها مرضعاً فإنه يزاد لها نفقة الحمل والسكنى على أجرة الرضاع لقوله تعالى: ﴿فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن﴾ [الطلاق:٦] الآية وقوله: ﴿وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن﴾ [الطلاق:٦] وليس واجب الإرضاع مسقطاً ما يجب لها لأجل الحمل **(ح)**: وإن كانت مرضعة فلها نفقة الرضاع أيضاً ثم هذه النفقة التي تزاد لها تكون بالعدل بقدر وسعه وحالها والبلد والسعر، وإنما تزاد لها نفقة الحمل بعد ثبوته بشهادة القوابل إنهن لمسن بطنها لمساً تاماً شافياً فتحققن أن بها حملاً ظاهراً قد تحرك وفشا الخ. فإن سقط من شهادتهن قد تحرك لم يعمل بها لقول ابن رشد المشهور في المذهب أن يحكم للحمل بحركته في وجوب النفقة واللعان عليه، وفي كون الأمة

فطامه **(وبعدها)** أي بعد مدة الرضاع **(يبقى الذي يختص به)** أي بالولد لازماً لأبيه **(حتى يرى سقوطه بموجبه)** وهو في الذكر بلوغه عاقلاً قادراً على الكسب، وفي الأنثى دخول الزوج بها.

(وإن تكن) المطلقة المرضع **(مع ذاك)** أي مع كونها مرضعاً **(ذات حمل زيدت لها)** لأجل حملها **(نفقة)** وليس واجب الإرضاع بمسقط ما يجب لها لأجل الحمل قال تعالى: ﴿وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن﴾ [الطلاق:٦] **(بالعدل)** أي بقدر حاله في عسره ويسره وهو راجع لجميع الباب ولا تستحق نفقة الحمل مرضعاً كانت أو لا إلا **(بعد ثبوته)** بشهادة النساء. قال في التوضيح: وهذا هو المشهور ولمالك في المبسوط وكتاب ابن شعبان لا تدفع لها إلا بعد الوضع لاحتمال أن ينفش، وعلى المشهور لو أنفش الحمل بعد أن أخذت النفقة ففي ردها وعدمه. ثالثها:

حرة به اهـ. وقال أيضاً: لا يتبين الحمل في أقل من ثلاثة أشهر ولا يتحرك تحركاً بيناً يصح القطع به على حركته في أقل من أربعة أشهر وعشر اهـ. فإذا شهدن أنه يتحرك وهو من شهرين أو ثلاثة من يوم حاضت أو ولدت لم يعمل بها أيضاً، وإذا وجبت لها النفقة بحركته فتحاسبه بما مضى من أربعة أشهر من طلاقها. (وحيث) ظرف مضمن معنى الشرط خافض لشرطه منصوب بجوابه (بالقضا)ء يتعلق بقوله: (تؤخذ) ونائبه ضميرالنفقة، والجملة في محل جر بإضافة حيث (وانفش) معطوف على تؤخذ وفاعله ضمير الحمل (فمنها) يتعلق بقوله (تقتضى) بالبناء للمفعول ونائبه ضمير النفقة والجملة جواب حيث والفاء رابطة.

٦٢٦ـ وَإنْ يَكُنْ دَفْعٌ بِلا سُلْطَانِ فَفِي رُجُوعِهِ بِهِ قَوْلاَنِ

(وإن يكن) شرط (دفع) اسمها (بلا سلطان) خبرها (ففي رجوعه به) خبر (قولان) مبتدأ والجملة جواب الشرط، والمعنى أن الحامل إذا ثبت حملها وأخذت النفقة بحكم الحاكم ثم بعد ذلك أنفش حملها، وتبين أنه لا حمل بها، وإنما هو ريح أنفش فإن النفقة التي أخذت تقتضي منها أي تؤخذ منها كلها، وكذا الكسوة ولو بعد أشهر وإن كانت النفقة دفعت لها بغير حاكم وهو مراده بقوله بلا سلطان، وأنفش الحمل كما هو الموضوع فهل يرجع الزوج بها أم لا؟ قولان في المذهب، والمشهور منهما الأول كما هو ظاهر قول (خ) وردت النفقة كانفشاش الحمل الحمل الخ، وظاهره أيضاً أنفق عليها بعد ظهوره وثبوته أو قبلهما، وهو كذلك كما لشراحه. ومفهوم قول الناظم: أنفش أنه إذا لم ينفش بل ولدته ومات أو أسقطته ميتاً فلا رجوع عليها بشيء، وهو كذلك، وإذا تنازعت مع الزوج فادعت أنها أسقطته وادعى هو أنه ريح أنفش، فالقول قولها ولو لم يوجد له أثر بلا يمين كما أشار له (خ) أيضاً بقوله وصدقت في انقضاء عدة الإقراء والوضع بلا يمين.

٦٢٧ـ وَمَنْ لَهُ مَالٌ فَفِيهِ الْفَرْضُ حَقّ وَعَنْ أبٍ يَسْقُطُ كلُّ مَا اسْتَحَقّ

(ومن) مبتدأ موصول واقع على الولد الصغير (له مال) مبتدأ وخبر صلته (ففيه) يتعلق بحق آخر البيت (الفرض) مبتدأ (حق) بضم الحاء فعل ماض ونائبه ضمير الفرض، والجملة خبر عن الفرض، والجملة من هذا المبتدأ وخبره خبر الموصول ودخلت الفاء في خبره لشبه الموصول بالشرط في العموم والإبهام (وعن أب) يتعلق بقوله (يسقط كل) فعل وفاعل (ما) مضاف إليه موصول وصلته جملة (استحق) بالبناء للفاعل وفاعله ضمير من والرابط محذوف، والمعنى أن كل ولد صغير كان له مال ورثه من أمه أو تصدق به عليه ونحو ذلك فإن لأبيه أن يفرض نفقته

إن أخذت بحكم حاكم ردت وإلاَّ فلا لأنه متطوع. ورابعها عكسه واقتصر (خ) في مختصره المعين لما به الفتوى على الأول، واقتصر الناظم على الثالث فقال: (وحيث بالقضاء تؤخذ) النفقة (وانفش) الحمل (فمنها نقتضي وإن يكن دفع بلا سلطان ففي رجوعه به) أي الإنفاق (قولان) ومقتضاه أن الرجوع مع الحكم متفق عليه وقد علمت أنه ليس كذلك (ومن له) من الأولاد رضيع أو غيره (مال ففيه) أي ففي ماله دون أبيه (الفرض) لنفقة أو أجرة رضاع (حق) ثبت (وعن أب يسقط كل ما استحق) أي: كل ما كان يستحقه الوالد العاجز الذي لا مال له (وكل ما يرجع لافتراض) من نفقة

وكسوته وأجرة رضاعه فيه وسواء كان المال عيناً أو عرضاً، ويرجع الأب بما أنفق عليه من ماله الخاص به إن كان مال الابن عرضاً فقط، وجرت عادة البلد برجوع الآباء على الأبناء كما مرّ عند قوله: ومنفق على صغير مطلقاً إلى آخر الأبيات، وإذا أنفق عليه في ختنه وعرسه وعيده فلا يلزمه إلا ما كان معروفاً لا ما كان سرفاً (خ): والنفقة على الطفل بالمعروف، وفي ختنه وعرسه وعيده. ابن القاسم: ما أنفقه على اللعابين في عرسه ونحوه لا يلزم الولد.

٦٢٨ـ وكُلُّ مَا يَرْجِعُ لافْتِرَاضِ مُوَكَّلٌ إلى اجْتِهَادِ القَاضِي

(**وكل**) مبتدأ (**ما**) مضاف إليه (**يرجع**) صلة والرابط الفاعل بيرجع (**لافتراض**) يتعلق به (**موكل**) بفتح الكاف خبر (**إلى اجتهاد القاضي**) يتعلق بالخبر المذكور.

٦٢٩ـ بِحَسَبِ الأَقْوَاتِ والأَعْيَانِ وَالسِّعْرِ وَالزَّمَانِ وَالمَكَانِ

(**بحسب**) حال من اجتهاد أو يتعلق بمحذوف أي فيجتهد بحسب إلى آخره، والمعنى أن كل ما يفرض ويقدر من نفقة وكسوة وإسكان وإخدام فهو موكل إلى اجتهاد القاضي حال كون اجتهاده كائناً بحسب جنس (**الأقوات**) المعتاد أكلها في البلد من قمح أو شعير أو أرز أو ذرة وغير ذلك (**و**) بحسب (**الأعيان**) المفروض لها وعليها من غنى وغيره، فلا يلزم الموسر أن ينفق على الفقيرة كنفقته على الغنية ولا يكتفي من غير متسع الحال في إنفاقه على الغنية بما يكفيه في الفقيرة.

واعلم أن الأعيان أربعة: غني ومتوسط ومقل وعديم، ولكن فرض عامة الناس عندنا بفاس حرسها الله كما في الشيخ (م): وهو الذي رأيت عملهم اليوم عليه فرض الإقلال كان الزوج رفيعاً أو وضيعاً ولو كان تاجراً إلا إذا أثبت عدمه فيفرض عليه فرض العديم، ولا تطلق عليه كما قال (خ) لا أن قدر على القوت وما يواري العورة وأن غنية أي فلا تطلق عليه قال ابن سلمون: فإن ادعى أنه معسر فلا يفرض عليه فرض المعسر حتى يثبت هذا الرسم الذي نصه يعرف شهوده فلاناً ويعلمونه ضعيف الحال بادي الإقلال مقدوراً عليه في رزقه وحاله متصلاً على ذلك حتى الآن وبذلك قيدوا شهادتهم في كذا، فإذا ثبت هذا العقد سقط عنه الإنفاق الذي يلزم الموسر، وكان عليه غليظ الثياب والقوت من الدقيق أو الخبز إن كان لا يستطيع الدقيق وسقط عنه الإدام ويدفع ذلك بالشهر أو بالجمعة أو باليوم اهـ. فإن ادعى العجز حتى عن الدقيق والخبز يعني بغير إدام فإنها تطلق عليه كما يأتي في الفصل بعده، فإذا علمت هذا فالمتوسط عندنا بفاس هو المقل، ولذا حمل عامة الناس عليه عندنا والعديم قسمان عديم لا يقدر على شيء من النفقة بحال وعديم يقدر على القوت بغير أدام وما يواري العورة من غليظ الثياب فلا تطلق عليه (**و**) بحسب (**السعر**) فيوسع في الرخاء دون الغلاء (**و**)بحسب (**الزمان**) فليس زمان الشتاء كالصيف

وكسوة وإسكان (**موكل إلى اجتهاد القاضي**) فيجتهد فيه (**بحسب**) جنس (**الأقوات**) من قمح أو شعير أو أرز أو ذرة (**و**) بحسب (**الأعيان**) المفروض لها وعليها من غنى أو فقر وتوسط، فليست نفقة الغنية كالفقيرة ولا نفقة الغنية على الغنى كنفقتها الواجبة لها على الفقير بل الثانية أدون (**و**)بحسب (**السعر**) فيوسع في الرخاء دون الغلاء (**و**)بحسب (**الزمان**) فليس زمن الشتاء كزمن الصيف

(و)بحسب (المكان) إن كان أكل أهل بلدها الشعير ونحوه أكلته وأمر الإدام كذلك فيفرض الماء والزيت والحطب والملح واللحم المرة بعد المرة لمتسع ومرة في كل جمعة لمتوسط ولا يفرض عسل ولا سمن ولا فاكهة إلا أن يكون السمن إداماً لأهل بلدها كما عندنا بفاس فيفرض، وأما أهل البادية فينقص لهم الوقود والصابون والزيت وما عداه يلزمهم. ابن الفخار: يلزم الملىء في نفقة زوجته مدان في كل يوم بمده عليه الصلاة والسلام والمتوسط يلزمه مد ونصف اهـ. ابن الحاجب: وقدر مالك المد في اليوم وقدر ابن القاسم ويبتين ونصفاً في الشهر إلى ثلاثة لأن مالكاً بالمدينة وابن القاسم بمصر، ضيح: المراد بالمد هنا الهاشمي وهو المنسوب إلى هاشم بن إسماعيل المخزومي وكان أميراً بالمدينة في خلافة هشام بن عبد الملك وقدره مد وثلثان بمده ﷺ، والويبة اثنان وعشرون مداً بمده ﷺ اهـ. وما تقدم في قدر المد الهاشمي هو المشهور، وقيل هو مد وثلث وقيل مدان حكى هذه الأقوال ابن الحاجب، وأمر الكسوة يعتبر فيه ما تقدم في النفقة من الأعيان والسعر والزمان والمكان فإن كانت حديثة عهد بالبناء فليس عليه سوى شورتها التي تجهزت بها إليه من ملبس وغطاء ووطاء، وإن لم يكن في صداقها ما تتشور به أو لقلته أو بعد عهدها بالبناء حتى خلقت شورتها فعليه كسوتها يفرض لها في الصيف ما يليق به، وفي الشتاء ما يليق به وليس المراد أن يكسوها في كل صيف وشتاء بل حتى تخلق كسوة كل منهما ابن سلمون قال بعض المفتين: إن كان الصداق واسعاً فلا كسوة لها عليه قبل العام، وإن كان ضيقاً فعليه الكسوة معنى طلبتها اهـ.

قلت: الظاهر أن المعتمد هو الأول وإن ذلك لا يضبط بعام ولا بغيره وإنما المدار على اختلاف شورتها، ثم إن الحاكم مخير إن شاء آخذ الزوج بما يفرض عليه بعينه، وإن شاء آخذه بثمنه (خ): ويجوز إعطاء الثمن عما لزمه لزوجته من الأعيان المفروضة. ابن بشير: لو أراد الزوج أن يدفع إلى المرأة ما فرض لها وطلبت هي ثمنه لكان لها ذلك اهـ. والعادة عندنا بفاس أن تفرض الأثمان إلا الطعام فيفرض بعينه، وإذا فرضت الأعيان وقبضتها فإنها تدخل في ضمانها بالقبض (خ) وضمنت بالقبض كنفقة الولد إلا لبينة الخ. وللقاضي العدل سيدي

(و)بحسب (المكان) قال ابن عرفة: من البلاد ما لا ينفق أهله شعيراً بحال لا غنيهم ولا فقيرهم، وكما يجتهد في النفقة بحسب ما ذكر يجتهد في الكسوة أيضاً بحسب البلدان والأعراف والأزمان (خ): يجب لممكنة من نفسها مطيقة للوطء على زوجها البالغ، وليس أحدهما مشرفاً على الموت فوت، وإدام وكسوة ومسكن بالعادة بقدر وسعه وحالها والبلد والسعر، وإن أكوله وتزاد المرضع ما تقوى به إلا المريضة وقليلة الأكل فلا يلزم إلا ما تأكل على الأصوب، ولا يلزم الحرير وحمل على الإطلاق وعلى المدنية لقناعتها فيفرض الماء والزيت والحطب والملح واللحم المرة بعد المرة أي في الجمعة لغني ونحوه في ابن الحاجب قال: وقدر مالك المد في اليوم، وقدر ابن القاسم ويبتين ونصفاً في الشهر إلى ثلاثة لأن مالكاً بالمدينة وابن القاسم بمصر. قال في التوضيح: المراد بالمد هنا الهاشمي وهو مد وثلثان بمده ﷺ قال ابن حبيب وغيره: وفي الويبة اثنان وعشرون مداً بمده ﷺ اهـ. وما ذكر في قدر المد الهاشمي هو أحد أقوال ثلاثة فيه. ابن الحاجب: ومد هشام مد وثلثان على المشهور وقيل مد وثلث وقيل مدان.

محمد بن سودة رحمه الله نظم فيما يفرض رأيت إثباته هنا زيادة للإيضاح، وإن كان فيه مخالفة لبعض ما تقدم ونصه:

وفرض بالغ ومن قد رهقا	من الرجال والنسا توافقا
فقوت الإقلال بنصف شهر	خمسة آصع دقيقاً فادر
ونصف رطل من نقي سمن	ومثله زيتاً عليه فأبن
كذا من الشحم أو الخليع	نصيف رطل فاصغ للتوزيع
واللحم نصف ربع وحنا	ثمن رطل ربع رطل جبنا
لبانه أو ضعفه زيتونا	ونصف رطل للنقا صابونا
أوقية سكية لصرف ما	يفرض من ملح ولحم لزما
وزينة مثل سواك كحل	مشط وغاسول ودهن بقل
وزد أكولة ومرضعاً على	مقدار خمسة لها وكملا
وإن تشأ أثمان كل المآكل	وضف إليها الصرف ثم أجمل
وذا به العمل في ذا العصر	في فرض نائب قضاة المصر
والخادم البالغ في ذا الجنس	لولد أو والد أو عرس
قدر من الأربعة الأخماس	من فرض بالغ بلا التباس

فصل في الطلاق بالإعسار بالنفقة وما يلحق بها

من الإعسار بالصداق والإخدام.

٦٣٠ـ الـزَّوْجُ إِنْ عَـجَـزَ عَـنْ إِنْـفَـاقِ لأَجَـلِ شَـهْـرَيْـنِ ذُو اسْـتِـحْـقَـاقِ

(**الزوج**) مبتدأ (**إن عجز**) بفتح الجيم وكسرها كما في القاموس شرط حذف جوابه للدلالة عليه (**عن إنفاق**) يتعلق به (**لأجل**) يتعلق باستحقاق (**شهرين**) بدل (**ذو استحقاق**) خبر المبتدأ، والمعنى أن الزوج إذا عجز عن نفقة زوجته بعد أن دخل بها أو بعد أن دعي إلى البناء أي عجز عن القوت أو ما يواري العورة كما مرّ في البيت قبل الفصل وكما يأتي فإنه يؤجل شهرين.

٦٣١ـ بـعْـدَهُـمَـا الـطَّـلاَقُ لا مِـنْ فِـعْـلِـهِ وَعَـاجِـزٌ عَـنْ كِـسْـوَةٍ كَـمِـثْـلِـهِ

(**بعدهما**) خبر عن قوله (**الطلاق لا**) عاطفة على محذوف أي من فعل الحاكم لا (**من فعله**)

فصــل في الطلاق بالإعسار بالنفقة وما يلحق بها

من الإعسار بالصداق أو الإخدام (**الزوج إن عجز عن إنفاق**) على زوجته ضرب له أجل شهرين فإن أنفق وإلا طلق عليه بعدهما كما قال (**لأجل شهرين**) بدل (**ذو استحقاق**) خبر عن قوله الزوج ولأجل متعلق به، والمعنى أن الزوج إذا عجز عن النفقة ورفع للحاكم فإنه مستحق أن يؤجل في ذلك شهرين (**بعدهما الطلاق لا من فعله**) أي الزوج بل يطلقها الحاكم أو يأمرها به ثم يحكم به قولان. وهذا إذا أباه الزوج فإن أوقعه هو وطاع به فلا إشكال (**وعاجز عن كسوة**) لزوجته (**كمثله**) أي كمثل العاجز عن الإنفاق. اللخمي: وكذا إن عجز عن الغطاء والوطاء (و)ما ذكره من التأجيل

أي الزوج وهذا إذا امتنع الزوج من الطلاق، فحينئذ يطلق الحاكم عليه أو يأمرها به فتوقعه كما مرّ في الضرر والعيوب وكما يأتي قريباً في قوله وباختيارها يقع. **(وعاجز عن كسوة)** مبتدأ سوغه عمله في المجرور **(كمثله)** خبره أي كمثل العاجز عن الإنفاق في التأجيل المذكور فإذا قدر على القوت وعجز عما يواري العورة فيؤجل الأجل المذكور فإن أتى بما يواريها فذاك وإلاّ أمر بطلاقها، فإن أبى طلقها الحاكم أو أمرها به فتوقعه كما مر.

ولما كان الأجل المذكور غير محتم بحيث لا يعدل عنه بل هو من جملة الآجال التي هي موكولة لاجتهاد الحكام فيوسعونها على من يرجى يسره ولا يوسعونها على من لا يرجى منه ذلك وعلى ما يرونه من حاجة صبر المرأة وعدم صبرها قال:

٦٣٢ـ وَلاجْتِهَادِ الحَاكِمِينَ يُجْعَلُ فِي العَجْزِ عَنْ هٰذَا وَهٰذَا الأَجَلُ

(ولاجتهاد الحاكمين يجعل في العجز عن هذا) أي الإنفاق **(وهذا)** اللباس المعبر عنه بالكسوة **(الأجل)** نائب فاعل يجعل والمجروران يتعلقان به والإشارة الأولى للإنفاق والثانية للكسوة وذكره باعتبار اللباس.

٦٣٣ـ وَذَاكَ مِنْ بَعْدِ ثُبُوتِ مَا يَجِبْ كَمِثْلِ عِصْمَةٍ وَحَالِ مَنْ طُلِبْ

(وذاك) مبتدأ والإشارة إلى ما ذكر من التطليق والتأجيل **(من بعد ثبوت ما يجب)** خبره وفاعل يجب ضمير يعود على ما وهو على حذف مضاف أي من بعد ثبوت ما يجب ثبوته **(كمثل)** اتصال **(عصمة)** بين الزوجين **(و)** مثل **(حال من)** أي الزوج الذي **(طلب)** بالنفقة والكسوة من ثبوت عسره بهما وحلفه أنه لا مال له، وأنه لا يقدر على ما فرض عليه، فحينئذ يؤجل ثم تطلق عليه بعده فقول الناظم: الزوج إن عجز الخ. أي ادعى العجز فإن وافقته المرأة فلا يحتاج إلى ثبوته بالبينة وإن كذبته فلا بد من ثبوته بها، وظاهره أنه إذا ادعاه لا يسجن ولا يؤاخذ بضامن حتى يثبته إذ لا يكلف بضامن إلا لو كان يسجن إذا عجز عنه وهو كذلك (خ): فيأمره الحاكم

بالشهرين ليس بمحتم بل **(لاجتهاد الحاكمين يجعل في العجز عن هذا)** الإنفاق **(وهذا)** اللباس المعبر عنه بالكسوة **(الأجل)** نائب فاعل يجعل قال في المفيد: قال أحمد بن مغيث: الذي جرى به الحكم عند الشيوخ أن يؤجل في طلب النفقة الشهر أو قريباً منه، وهو مذهب المدونة. وقال في مختصر ابن عبد الحكم: يؤجل في ذلك ثلاثة أيام قال: يريد في الذي لا يرجى له شيء، وقال في المبسوط: يؤخر اليوم ونحوه مما لا يضر بها في الجوع وقال ابن المواز: الذي عليه أصحاب مالك الشهر ونحوه، وقال ابن الماجشون: الشهر والشهرين اهـ باختصار. وقال: قبل هذا قال ابن القاسم: ومن عجز عن القوت والكسوة فرق بينهما بطلقة واحدة، وإن وجد القوت ولم يجد الكسوة أجل شهرين اهـ. وفي (خ) ولها الفسخ إن عجز عن نفقة حاضرة لا ماضية، وأن عبدين لا إن علمت فقره أو أنه من السؤال إلا أن يتركه أو يشتهر بالعطاء وانقطع، فيأمره الحاكم إن لم يثبت عسره بالنفقة والكسوة أو الطلاق وإلاّ تلوم بالاجتهاد، وزيد إن مرض أو سجن ثم طلق وإن غائباً أو وجد ما يمسك الحياة لا إن قدر على القوت وما يواري العورة، وإن غنيه اهـ. **(وذاك)** المذكور من التطليق بالإعسار **(من بعد ثبوت ما يجب)** إثباته **(كمثل عصمة)** بين الزوجين **(وحال من طلب)** وهو الزوج

إن لم يثبت عسره بالنفقة والكسوة أو الطلاق. وإلا بأن ثبت أي بالبينة أو بإقرارهما تلوم له بالاجتهاد، وزيد إن مرض أو سجن ثم طلق عليه وإن غائباً أو وجد ما يمسك الحياة اهـ. وفي البرزلي ولا يحبس في نفقة زوجته ويجبر بين النفقة أو التطليق وإن ثبت عدمه ضرب له السلطان أجل شهرين فإن لم يوسر طلقت عليه وتكون معه في خلل التأجيل، وإذا علم له مال وظهر لدده سجنه السلطان في أمر الزوجة والأولاد ولو طلبته بنفقة أنفقتها على نفسها فيما مضى لوجب سجنه لها لأنها دين تحاص به الغرماء وتسقط بها الزكاة، وفي المستقبل لا تسقط يعني ولا تطلق بعجزه عن النفقة الماضية (خ): ولها الفسخ إن عجز عن نفقة حاضرة لا ماضية الخ. وقال: أعني البرزلي قبيل ما مرّ عنه سئل ابن الحاج عن المليء إذا قال: لا أنفق على زوجتي هل تطلق عليه؟ فأجاب: ينفق عليها من ماله حتى يطلقها، ويحتمل أن يقال له أنفق فإن قال لا قيل له طلق فإن أبى طلق عليه. البرزلي: وحكى عياض عن المبسوطة فيمن له مال ظاهر وهو حاضر أيؤخذ من أمواله فيدفع لها النفقة؟ قال: بل يفرض لها عليه ويأمره بالدفع لها فإن فعل فذاك وإلاَّ وقف فإما أنفق أو طلق عليه. وفي الواضحة إن لم يكن له مال ظاهر وعرف ملاؤه فرض عليه، وإن عرف عدمه لم يفرض عليه وهي مخيرة في الصبر بلا نفقة أو تطلق نفسها عليه، وكذلك إذا جهل حاله، وفي المدونة احتمال القولين اهـ. أي احتمال القولين اللذين أشار لهما ابن الحاجب من أنه يؤخذ من ماله وينفق عليها منه حتى يطلقها أو يقال له أنفق الخ. والظاهر أنه إذا قال: أنا أنفق فإنه يؤاخذ بالضامن لأنه حينئذ بمنزلة من اعترف بأنه مليء بها قادر عليها وذلك بمنزلة من له مال وهو ظاهر، وفي ابن سلمون فإن ادعى العجز عن النفقة وكذلك عن القوت وعن ما يواري العورة من الكسوة وادعى العدم فلا يحبس حتى تقوم عليه شبهة يظهر بها لدده وعليه إثبات ذلك إن كذبته المرأة، فإذا أثبت ذلك حلف أنه لا مال له، وأن الذي يفرض عليه لا يقدر عليه فإذا حلف أجل في الكسوة إن قدر على النفقة دون الكسوة وفرق بينهما بعد الشهرين ونحوهما، وإن لم يقدر على واحد منهما فلا يؤجل إلا دون ذلك وذلك إلى اجتهاد الحاكم، وإذا أثبت ذلك أو أقر بالعجز ووافقته الزوجة أجله الحاكم في الإنفاق عليها الشهر ونحوه، وتكون معه في خلل التأجيل ولا يتبعه بنفقة زمن الإعسار، وإن علم له مال وظهر لدده كان للسلطان أن يسجنه اهـ.

فرع: تقدم عن البرزلي أنه إذا كان له مال ظاهر سجن في نفقة الزوجة وفي نفقة أولاده، وأما إذا عجز عن نفقة الأولاد دون الزوجة فإن الزوجة لا تطلق عليه بعسره عن نفقة صغار الأولاد كما في ابن سلمون وغيره، وتكون نفقة الصغار حينئذ في بيت مال المسلمين أو على جيعهم.

٦٣٤ـ وَوَاجِـدٌ نَـفَـقَـةً وَمَـا ابْـتَـنَـى وَعَـنْ صَـدَاقٍ عَـجْـزُهُ تَـبَـيَّـنَـا

(وواجد) مبتدأ **(نفقة)** مفعوله **(وما ابتنى)** جملة حالية **(وعن صداق)** يتعلق بقوله **(عجزه)**

من ثبوت إعساره فيتلوم له أو عدم ثبوته فيؤمر بالإنفاق أو الطلاق كما مرّ في كلام (خ) **(وواجد نفقة)** أي قادر على إجرائها **(وما ابتنى)** أي والحال أنه لم يبن بزوجته ولا دخل بها **(وعن صداق عجزه تبينا)** أي: وثبت عسره تثبيت أو إقرار الزوجة وأبى الطلاق وسأل التأجيل ليسره أجل

وجملة (تبينا) خبر عجزه، والجملة من المبتدأ والخبر معطوفة على الجملة الحالية قبلها (تأجيله).

٦٣٥ـ تَأْجِيلُهُ عَامَانِ وَابْنُ الْقَاسِمِ يَجْعَلُ ذَاكَ لاجْتِهَادِ الْحَاكِمِ

مبتدأ ثان (عامان) خبره والجملة خبر واحد (وابن القاسم) مبتدأ خبره (يجعل ذاك لاجتهاد الحاكم) ومعناه أن من قدر على إجراء نفقة زوجته التي لم يدخل بها حين دعته إليه فطالبته بالصداق، فأثبت عجزه عنه بالبينة أو بإقرار الزوجة وأبى الطلاق وسأل التأخير لتحصيله، فإنه يؤجل لذلك سنتين على ما لمالك في المختصر، وعن ابن القاسم أن ذلك موكول لاجتهاد الحاكم، وعليه اقتصر (خ) حيث قال: وإن لم يجده أي الصداق أجل لإثبات عسرته به ثلاثة أسابيع، ثم إذا أثبتها تلوم بالنظر وعمل بسنة وشهر، ثم طلق عليه ووجب نصفه اهـ. فقوله: وعمل بسنة وشهر جزئي من جزئيات قوله: ثم تلوم بالنظر أي: ومن النظر أن القضاة والموثقين تلوموا بسنة وشهر وفيهم إسوة لمن اقتدى بهم فلو قال الناظم:

وعاجز عن مهرها قبل البنا تأجيله عام وشهر عينا
إن كان منفقاً بذا التأجيل وغيره طلق بلا تعجيل
ونصفه وجب بالطلاق تتبعه به لدى الحذاق

وظاهره أنه يؤجل بما ذكر كان ممن يرجى يسره أم لا، وهو كذلك على الصحيح (خ) وفي التلوم لمن لا يرجى وصحح أو لا يتلوم لمن لا يرجى تأويلان، ومفهوم تبينا أنه إذا لم يتبين عجزه، ولكن ادعاه فقط فإنه يؤجل لإثباته وبيانه بثلاثة أسابيع كما مر عن (خ) لكن إذا أجل لإثباته فلا بد من حميل بالوجه خشية تغيبه وإن لم يأت به سجن كسائر الديون بخلاف النفقة فلا يسجن فيها كما مر فوق هذين البيتين، ثم إذا انقضت ثلاثة أسابيع ولم يثبته وطلبت الزيادة فلا يسجن إن استمر الحميل على الحمالة، وإلا سجن، ثم أخرج المجهول إن طال حبسه كالدين فإن أثبت العدم ابتداء أو بعد التأجيل بثلاثة أسابيع تلوم له بسنة وشهر على ما به العمل أو بالعامين على ما صدر به الناظم بغير حميل، لأنه ثبت عدمه فلا معنى لتكليفه بالحميل حينئذ خلافاً للزرقاني، فإن هرب طلقها الحاكم عليه عند انقضاء أجل التلوم، وهذا كله في المجهول كما أفهمه قوله: تبينا أي تبين عجزه بالبينة العادلة لا بغيرها، فعن ابن أبي زيد في رجل طولب

و(تأجيله عامان) على ما لمالك في المختصر (وابن القاسم يجعل ذاك) التأجيل أي قدره (لاجتهاد الحاكم) قائلاً لا أعرف سنة ولا سنتين المتيطي: واختار الموثقون أنه يؤجل ثلاثة عشر شهراً ستة وأربعة ثم شهرين ثم شهراً (خ): وعمل بسنة وشهر، وفي التلوم لمن لا يرجى وصحح وعدمه تأويلان. ثم طلق عليه ووجب نصفه اهـ. أي: الصداق لأنه طلاق قبل البناء، وقيل لا شيء عليه، وأفهم قوله تبين أنه لو كان مجهول حال وادعى العدم وأثبته بعد أن نوزع فيه، فإن كان ظاهر الملاء حبس إلى أن يأتي ببينة تشهد بعسره إذا لم تطل المدة بحيث لا يحصل لها ضرر بذلك، وإلاَّ طلقت نفسها، وإن كان معلوم الملاء أداء أو طلقت عليه إلا ببينة بذهاب ما بيده فيمهل ما لا ضرر عليها فيه قاله الزرقاني، وأفهم أيضاً قوله: وما ابتنى أن بعد البناء لا يطلق عليه بسبب الصداق قاله التتائي.

بصداق امرأته فأتى بشهود منهم من يتوسم فيه الخير شهدوا بفقره ولم يجد غيرهم فقال: لا يقضي في عدالة الشهود بمثل هذا التوسم، ولكنه يكون حبسه بمقدار قوة الظن بتصديق الشهود وضعفه اهـ. وأما إن كان معلوم الملاء وله مال ظاهر فإن المهر يؤخذ منه ويؤمر بالبناء من غير تأجيل كما يفيده (ح). وصدر به الشارح خلافاً لما ذكره في آخر تقريره من أن معلوم الملاء يؤديه أو تطلق عليه، وأما ظاهر الملاء فإنه يحبس إلا أن يأتي ببينة تشهد بعسره حيث لم تطل المدة بحيث يحصل الإضرار لها بذلك، وإلاَّ طلقت نفسها، وأما من غلب على الظن عسره كالبقال ونحوه فلا يؤجل لإثباته كما في الشارح، وفي التلوم له التأويلان المتقدمان، ومفهوم واجد نفقة أنه إذا لم يجدها فلا يؤجل بالعامين ولا بغيرهما، ولها أن تطلق نفسها من حينها وهو كذلك على الراجح، وعن ابن حبيب إذا لم يجد النفقة أجل من الأشهر إلى السنة، ومفهوم وما ابتنى الخ أنه إذا بنى بها لا تطلق بعسره عن الصداق (خ): ولها منع نفسها وأن معيبة من الدخول والوطء بعده إلى تسليم ما حل من الصداق لا بعد الوطء إلا أن يستحق الخ فما في (ز) وتبعه (ت) من نسبة ذلك ل(تت) غفلة ظاهرة عما في المصنف.

تنبيه: فإن طلق الحاكم عليه قبل التلوم له بسنة وشهر أو بالعامين فينظر فإن كان ممن يرجى يسره وحصل له اليسر بالفعل في مدة التلوم على تقدير أن لو تلوم له فلا يمضي طلاقه لأنه وقع في غير محله لأن من يرجى يتلوم له اتفاقاً وإن كان ممن لا يرجى فحصل اليسر في مدة التلوم أيضاً فكذلك عند من يقول يتلوم له وهو الراجح، ويمكن أن يقال يمضي طلاقه لأنه حكم بمختلف فيه لكن قضاة اليوم لا يمضي حكمهم بخلاف المشهور أو الراجح أو المعمول به.

٦٣٦ـ وَزَوْجَةُ الْغَائِبِ حَيْثُ أَمَّلَتْ فِرَاقَ زَوْجِهَا بِشَهْرٍ أُجِّلَتْ

(**وزوجة الغائب**) مبتدأ خبره أجلت آخر البيت (**حيث**) ظرف يتعلق بأجلت (**أملت فراق زوجها**) الجملة في محل جر بإضافة حيث (**بشهر**) يتعلق بـ(**أجلت**). والمعنى أن زوجة البعيد الغيبة على عشرة أيام فأكثر كان معلوم الموضع أو مجهوله أسيراً أو غيره دخل بها أم لا. على المعتمد كما هو ظاهر النظم في ذلك كله إذا طلبت فراق زوجها بسبب النفقة لكونه غاب عنها ولم يترك لها نفقة، ولا ما تعدى فيه فإنها تجاب إلى ذلك وتؤجل شهراً بعد ثبوت الغيبة وكونه غاب قبل البناء

(**وزوجة الغائب**) المعلوم الموضع أو المجهول إن كان قد دخل بها أو لا على الصحيح المعمول به كما قاله ابن سلمون وغيره. (**حيث أملت فراق زوجها**) بسبب النفقة لكونه غائباً عنها ولم يترك لها نفقة ولا ما تعدى فيه أحببت لذلك على المذهب. ابن عرفة: وفي الطلاق على بعيد الغيبة بعدم النفقة قولا الشيخ مع الأكثر. الصقلي: وذلك بعد ثبوت الغيبة واتصال الزوجية وكونه غاب قبل البناء أو بعده وبموضع كذا أو لا يعلمون موضعه، وأنه منذ كذا ولا يعلمونه ترك لها نفقة ولا كسوة ولا شيئاً تعول به نفسها ولا تعدي فيه ولا أنه آب إليها ولا بعث بشيء ورد عليها في علمهم إلى تاريخه، ثم يؤجل القاضي في الإنفاق شهراً أو شهرين أو خمسة وأربعين يوماً قاله المتيطي. وفي التوضيح: ثم يضرب لها أجلاً على حسب ما يراه. وقال ابن عات: بنى ابن فتحون وثائقه على ثلاثين يوماً وعليه عول الناظم فقال: (**بشهر أجلت وبانقضاء الأجل**) الذي هو الشهر يقع

أو بعده بموضع كذا أو لا يعلمون موضعه، وأنه غاب منذ كذا ولا يعلمونه ترك لها نفقة ولا كسوة ولا شيئاً تمون به نفسها ولا ما تعدى فيه ولا أنه آب إليها ولا بعث بشيء ورد عليها في علمهم إلى حين تاريخه، ثم يؤجله القاضي في الإنفاق عليها شهراً، كما اقتصر عليه ابن فتحون في وثائقه وعليه عول الناظم حيث قال: وبشهر أجلت. وصفته؟ أجل قاضي مدينة كذا وهو أعزه الله وحرسها الزوج المشهود بغيبته أعلاه أو حوله في الإياب لزوجته المذكورة من غيبته المذكورة وإجراء النفقة والكسوة، وسائر المؤن كلها أجلاً مبلغه شهر واحد مبدؤه من غد تاريخه استقصاء لحجته وإبلاغاً في الإعذار إليه شهد عليه من أشهده به وهو بحيث يجب له ذلك من حيث ذكر، وفي كذا فإذا انقضى الأجل ولم يقدم خير (ت): فإن شاءت حلفت وطلقت نفسها بكراً كانت أو ثيباً وليس لأبيها القيام عنها إلا بتوكيلها كما في ابن عرفة وابن سلمون وتكتب في ذلك لما انصرم الأجل أعلاه أو حوله، ولم يقدم الزوج المذكور من غيبته المذكورة وسألت الزوجة من يجب سدده الله النظر لها في ذلك، فاقتضى نظره إحلافها على جميع ما تقدم لما شهدت به بينة الغيبة فحلفت على جميع ذلك بنصه بحيث يجب وكما يجب يميناً. قالت فيها بالله الذي لا إله إلا هو لقد غاب عني زوجي فلان الخ. ولما تم حلفها وكملت يمينها وثبت ذلك لديه أذن لها في تطليق نفسها فطلقت نفسها عليه طلقة واحدة قبل البناء ملكت بها أمر نفسها أو بعد البناء يملك بها رجعتها إن قدم موسراً في عدتها وأمرها بالاعتداد وإرجاء الحجة للغائب متى قدم فمن حضر اليمين المنصوصة واستوعبها من الزوجة ويعرف الإذن فيها، وفي الطلاق من القاضي المذكور وأشهدته الحالفة المذكورة بما فيه عنها وعرفها بأتم قيده شاهداً به في كذا وهو معنى قوله:

٦٣٧ـ وبانقضاءِ الأجلِ الطَّلاقُ مَعْ يَمِينِهَا وَبِاخْتِيَارِهَا يَقَعْ

والباء في قوله وبانقضاء للمصاحبة أو للسببية أو بمعنى مع خبر مقدم عن قوله الطلاق ومع في محل نصب على الحال أي والطلاق واقع على الزوج مصاحباً لانقضاء الأجل أي بسببه أو معه في حال كونه مع يمين الزوجة، وقوله وباختيارها يقع جملة مستأنفة قاله اليزناسني.

تنبيهات. الأول: تقدم في فصل الضرر إذا حلفت بعد مضي التأجيل من غير إذن القاضي لها في الحلف ولا في الطلاق فإن ذلك نافذ فانظره هناك.

(الطلاق مع يمينها) أي بعد حلفها على جميع ما تقدم مما شهدت به البينة أنه حق فإذا استوفيت منها اليمين، وثبت ذلك عند القاضي أذن لها في الطلاق فطلقت نفسها إن شاءت وهو قوله: **(وباختيارها يقع)** وقيل يطلقها الحاكم والأول أصوب.

تنبيه: قال الحطاب: ظاهر ما تقدم أنه إذا لم تقم للزوجة بينة بشيء مما ذكر لا يحكم لها القاضي، وفي البرزلي خلافه ثم نقل عنه من فتوى. اللخمي والسيوري وأبي عمران وغيرهم ما حاصله: أنه إذا لم يمكنها الإثبات لغربتها أو فقد من يعرف زوجها حلفها القاضي وحكم لها بالطلاق بعد أن يسمي الزوج الذي ذكرت، فإن قدم وأنكر الزوجية لم يضر وإن اعترف وقع عليه الطلاق انظره في قوله. وإن غائباً فقد أطال.

الثاني: تقدم أيضاً في المحل المذكور أن الزوج إذا تعصب بمحل لا تناله الأحكام فحكمه حكم الغائب فيجري عليه حكمه ولزوجته الطلاق بعدم النفقة إذ الهاربة من زوجها المقيم في بلد لا تناله الأحكام فيه لا تسقط نفقتها عنه.

الثالث: الغائب الذي لا مال له ولكن لا يمكنها الوصول إليه إلا بمشقة لعدم من ينصفها كما في البوادي ورؤوس الجبال لتعذر الأحكام الشرعية فيهما غالباً حكمه حكم العاجز الحاضر كما لابن فتحون، ونقله ابن عات في طرره، واعتمده ابن عبد السلام وهو الصواب خلافاً لما في الوثائق المجموعة من أنه إذا كان له مال لا يمكنها الوصول إليه يفرض لها النفقة وكان ذلك لها ديناً عليه تأخذه به إذا قدم لأنه لا معنى لإلزام المرأة أن تسلفه النفقة على نفسها من مالها أو من غيره لترجع في المال الذي بيد الغائب إن علم، أو في المال الذي لا يتوصل إليه إلا بمشقة ولو مأموناً كالعقار مع احتمال سلامة الزوج والمال ووصولها إلى ذلك وعدم وصولها لاستغراق الديون له، ولذا قال ابن رحال في شرحه ما في الوثائق المجموعة خلاف المذهب، وإن كان نحوه في البيان، واعترض به ابن عرفة على ابن عبد السلام فلا يسلم له الاعتراض.

الرابع: إذا قدم الزوج وجرح شهود الغيبة، ولم تجد المرأة غيرهم ردت إليه وفرق بينها وبين الزوج الثاني قاله غير واحد وهو معنى قول (خ) عاطفاً على ما ترد فيه الزوجة للأول والمطلقة لعدم النفقة، ثم ظهر إسقاطها خلافاً لما في ابن رشد في بينة شهدت بمغيب الزوج وأنه لا مال له تعدى فيه الخ. ثم بعد أن حنفت المرأة وطلقت نفسها قالت البينة المذكورة أن له أنقاض حجرة قيمتها سبعة مثاقيل أو نحوها وأنهم كانوا يعرفون ذلك وقت الشهادة وجهلوا أن الأنقاض تباع في نفقتها أو شهد بذلك غير بينة الغيبة فقال: الطلاق نافذ لا يرد برجوع البينة سواء شهد بالأنقاض البينة التي حكم بها أو غيرهم ففتوى ابن رشد هذه مخالفة للمذهب وإن سلمها ابن عرفة والأجهوري.

الخامس: إذا عجزت المرأة عن إثبات غيبة زوجها لغربتها وعدم من يعرف زوجها فإن القاضي يحلفها اليمين المتقدمة وتطلق نفسها إن شاءت ويسمي الحاكم في حكمه الزوج الذي ذكرت ويصفه بما ذكرت، فإن قدم وأنكر الزوجية لم يضر وإن أقر بها وقع عليه الطلاق قاله اللخمي والسيوري وغيرهما كما في البرزلي ونقله (ح).

السادس: إذا أثبتت الزوجة عيبة زوجها وعدم ما تنفق منه على نفسها فتطوع قريب أو أجنبي بنفقتها فقال أبو بكر بن عبد الرحمن وغيره وهو المعتمد ليس لها أن تطلق نفسها لأن سبب الفراق وهو عدم النفقة قد ارتفع وزال خلافاً لابن الكاتب في قوله إن لها أن تفارقه.

٦٣٨ـ وَمَنْ عَنِ الإخْدامِ عَجْزُهُ ظَهَرْ فَلاَ طَلاَقَ وَبِذَا الحُكْمُ اشْتَهَرْ

(**ومن**) مبتدأ موصول (**عن الإخدام**) يتعلق بقوله (**عجزه**) وهو مبتدأ (**ظهر**) خبره والجملة

(**ومن**) قدر على النفقة والكسوة دون الإخدام و(**عن الإخدام عجزه ظهر فلا طلاق**) عليه

صلة الموصول (فلا) نافية للجنس (طلاق) اسمها وخبرها محذوف أي عليه والجملة خبر الموصول (وبذا) يتعلق بما بعده (الحكم) مبتدأ خبره (اشتهر) أي إذا كانت الزوجة من أهل الإخدام فإنه يجب عليه إخدامها ولو لم يشترط في عقد النكاح كما في (خ) وغيره فإذا قدر على النفقة والكسوة وعجز عن الخدمة وأثبت عجزه عنها بالبينة أو بإقرار الزوجة فإنها لا تطلق عليه وسقط حقها في الخدمة على المشهور المعمول به كما في المتيطية وغيرها، ومحل هذا إذا لم يكتب عليه الموثق في وثيقة النكاح أن الزوج علم بأن زوجته هذه ممن لا تخدم نفسها لمالها ومنصبها فطاع بالتزام خدمتها وأقر أنه ممن يلزمه ذلك وأن ماله متسع لإخدامها وإلاَّ فلا يقبل قوله إنه عاجز عن إخدامها ولو شهدت له البينة به لم ينفعه لاعترافه بسعة ماله إلا أن يعلم أنه أصابه أمر أذهب ماله كما قالوه في الغريم يعترف لرب الدين بملائه به ثم يقيم بينة بعدمه به قاله في المتيطية ونقله ابن عرفة.

تنبيه: تقدم في البيتين قبله أنه ليس للأب أن يخاصم عن ابنته في النفقة إلا بتوكيل منها ولو سفيهة لأن لها أن تقيم معه بغير نفقة، بل إذا رضيت بسكنى زوجها معها في دارها وإنفاقها على نفسها من مالها فإنها تجاب إلى ذلك ولا مقال لحاجرها لأن من حجتها أن تقول إن كلفته بنفقتي طلقني ورجعت أسكن بداري وحدي وأنفق على نفسي من مالي ولا أتزوج سواه فبقائي مع زوجي بداري وإنفاقي على نفسي أحسن لي قاله عياض عن شيوخ الأندلس ونقله ابن عرفة وغيره.

فصل في أحكام المفقودين

الأربعة لأن الفقد إما أن يكون في أرض كفر أو إسلام وحكم كل إما في غير حرب أو فيه، ولكل واحد منهم حكم يخصه ابن عرفة المفقود من انقطع خبره ممكن الكشف عنه اهـ. فخرج الأسير لأنه معلوم خبره وخرج المحبوس الذي لا يستطاع الكشف عنه لأنه يمكن الكشف عنه إذ عدم التوصل إليه إنما هو لشدة حراس السجن ونحو ذلك فأشار الناظم إلى القسم الأول فقال:

٦٣٩ـ وَحُكْمُ مَفْقُودٍ بِأَرْضِ الكُفْرِ فِي غَيْرِ حَرْبٍ حُكْمُ مَنْ فِي الأَسْرِ

(**وحكم مفقود بأرض الكفر في غير حرب حكم من في الأسر**) أي الأسير المجهول الحياة، وحكم الأسير المذكور باعتبار زوجته وماله أن ماله لا يورث حتى تأتي عليه مدة التعمير،

بذلك. قال المتيطي: وهو المشهور من مذهب مالك وأصحابه وبه القضاء وعليه العمل، وإليه أشار بقوله: (**وبذلك الحكم اشتهر**).

فصـــل في أحكام المفقودين

الأربعة لأن الفقد إما أن يكون في أرض الإسلام أو الكفر وكل إما في حرب أو لا، ولكل واحد منهم حكم يخصه. ابن عرفة: المفقود من انقطع خبره ممكن الكشف عنه فيخرج الأسير. ابن عات: والمحبوس الذي لا يستطاع الكشف عنه اهـ منه. (**وحكم مفقود بأرض الكفر في غير حرب**

وكذا زوجته لا تتزوج حيث دامت نفقتها إلا بعد أجل التعمير، فكذلك المفقود في أرض الكفر بغير حرب لا يورث ماله ولا تتزوج زوجته إلا بعد التعمير كما قال:

٦٤٠ـ تَعْمِيرُهُ فِي الْمَالِ وَالطَّلَاقُ مُمْتَنِعٌ مَا بَقِي الإِنْفَاقُ

(**تعميره**) أي المفقود المذكور (**في**) الزوجة و(**المال**) واجب كتعمير الأسير فيهما فلا يورث عنه ماله وتنفق منه زوجته حتى تنقضي مدة التعمير ولا تطلق عليه مع وجود ما تنفق منه كما قال: (**والطلاق ممتنع ما بقي الإنفاق**) ومحل امتناع الطلاق إذا لم يكن لها شرط في المغيب، وإلاَّ فلها تطليق نفسها بشرطها وإلى هذا القسم أشار (خ) بقوله: وبقيت أم ولده وماله وزوجة الأسير ومفقود أرض الشرك للتعمير الخ. والشاهد في قوله: وزوجة الأسير ومفقود أرض الشرك يعني أهلها، ومفهوم قوله: ما بقي الإنفاق أنه إذ لم يبق فلها التطليق وهو معنى قوله:

٦٤١ـ وَكُلُّ مَنْ لَيْسَ لَهُ مَالٌ حَرِي بِأَنْ يَكُونَ حُكْمُهُ كَالْمُعْسِرِ

(**وكل من ليس له مال**) من أسير أو مفقود بأقسامه الأربعة (**حري**) أي حقيق (**بأن يكون حكمه**) في التطليق عليه (**كالمعسر**) الغائب الذي لم يترك لزوجته نفقة فتؤجل شهراً كما مر للناظم وتحلف وتطلق نفسها كما مرّ.

تنبيه: ظاهر كلام الناظم و (خ) المتقدم أنه بمضي الشهور في مدة التعمير الآتية يورث ماله وتعتد زوجته ولا يتوقف ذلك على الحكم بموته والمعتمد كما لابن عرفة والمازري أن مستحق إرثه وارثه يوم الحكم حتى أنه إذا مات أحد من قرابته بعد دخول الثبوت للقاضي وقبل خروجه لا يرثه. ابن عرفة: وأقوال أهل المذهب بأن مستحق إرثه وارثه يوم الحكم بتمويته لا يوم بلوغه تمويته حسبما يدل عليه لفظ اللخمي والمتيطي وابن كوثر وابن الهندي وغيرهم. وبه افتيت حين ذكر أنها نزلت وأفتى بعض الناس بإرثه مستحقه يوم بلوغه لا يوم الحكم اهـ.

قلت: ما ذكره ابن عرفة من أن مستحق إرثه وارثه يوم الحكم واضح إذا لم يتأخر الحكم عن أعلى مدة التعمير كمائة وعشرين على القول بها وإلاَّ بأن تأخر عنها إلى مائة وأربعين مثلاً لغفلة الورثة ونحو ذلك كما يقع في البوادي لتعذر الأحكام عندهم، فينبغي أن مستحق إرثه هو وارثه يوم مشهور التعمير لئلا يؤدي إلى حرمان من يرث وتوريث من لا يرث على كل الأقوال،

حكم من **في الأسر**) أي حكم الأسير الذي لا يعلم أحي أو ميت، وحكمه أن ماله يوقف إلى أن يحكم بموته بعد انقضاء مدة التعمير، وزوجته إن كان لها شرط في المغيب عمل به، وإن لم يكن لها شرط فإن لم يخلف لها نفقة فلها التطليق من حينها على ما تقدم وإن كانت لها نفقة لزمها البقاء لمدة التعمير أيضاً. وسيأتي في كلام الناظم: وإلى هذا الحكم المذكور أشار بقوله: (**تعسيره**) واجب (**في المال**) أي فلا يورث مسكنه ولا ينفق منه حتى تمضي مدة التعمير ويخرج التسجيل من القاضي بموته كما قاله المازري، وإن مات بعد دخول البت للقاضي وقبل خروجه من قرابته لا يرثه (**والطلاق**) في المدة المذكورة (**ممتنع ما بقي الإنفاق**) **فأما** بعدها فتعتد وتتزوج ولا نفقة لها كما أن لها التطليق قبلها إذا لم يكن لها مال كما قال: (**وكل من ليس له مال**) تنفق منه زوجته في فقده (**حري**) حقيق (**بأن يكون حكمه**) في التطليق عليه (**كالعسر**) الحاضر ثم أشار إلى مفهوم قوله في غير حرب فقال: (**وإن**

وأيضاً فإن الظاهر من فتوى المازري المنقولة في البرزلي وغيره أنهم إنما أناطوا ذلك بالحكم لما في مدة التعمير من الخلاف وهو لا يرتفع عند الأقدمين إلا بالحكم، وأما على ما عند المتأخرين من أنه يتعين الحكم بالمشهور أو الراجح أو ما به العمل فلا يتوقف إرثه ولا اعتداد زوجته على الحكم بتمويته، بل إذا قسموا يوم بلوغه مدة التعمير الذي هو السبعون على ما هو المشهور فيه فقسمهم ماض فلا يحرم من مات بعده وقبل الحكم لأن الخلاف حينئذ مرفوع بوجوب اتباع المشهور، والقاعدة أن من فعل فعلاً لو رفع إلى القاضي لم يفعل غيره ففعله ماض كما تقدمت الإشارة إليه في غير ما موضع فتأمله والله أعلم.

ثم أشار إلى مفهوم قوله في غير حرب فقال:

٦٤٢ـ وإن يَكُنْ في الحَرْبِ فالمشهُورُ ... في مالِه والزَّوْجَةِ التَّعميرُ

(وإن يكن) فقد بأرض الكفر **(في)** وقت **(الحرب)** والقتال معهم **(فالمشهور)** من قولين كما لابن رشد في البيان **(في ماله والزوجة التعمير)** لأن الأصل هو الحياة فيحمل أمره على الأصل فلا يقسم ماله ولا تتزوج زوجته إلا بعده وبعد الحكم بموته على ما مر تفصيله في المفقودين في غير الحرب والأسير المتقدمين، ثم أشار إلى أن أمد التعمير فيه خلاف فقال:

٦٤٣ـ وَفيهِ أَقْوالٌ لَهُمْ مُعَيَّنَهْ ... أَصَحُّها القَوْلُ بِسَبْعِينَ سَنَهْ

(وفيه) أي أمد التعمير في جميع ما مر **(أقوال لهم معينة)** فقال ابن القاسم وأشهب ومالك مرة سبعون سنة وهو أصحها كما قال: **(أصحها القول بسبعين سنة)** وبه صدر (خ) حيث قال: وهو أي التعمير سبعون واختار الشيخان ثمانين وقال مالك وابن القاسم مرة ثمانون واختاره الشيخان وابن محرز كما مر عن (خ) قال ابن سلمون: وبه القضاء والعمل. وقال ابن الماجشون، ومالك: مرة: تسعون، وعند أشهب وابن الماجشون أيضاً: مائة، وللداودي عن محمد بن عبد الحكم: مائة وعشرون، وعلى الأول إذا فقد وهو ابن سبعين زيد له عشرة أعوام، وكذا إن فقد وهو ابن ثمانين، وإن فقد وهو ابن خمس وتسعين زيد له خمس سنين، وإن فقد وهو ابن مائة اجتهد القاضي فيما يزاد له، وقيل يزاد له عشر، وقيل العام والعامان وإن فقد وهو ابن مائة وعشرين تلوم له العام ونحوه قاله ابن عرفة.

ثم أشار إلى القول الثاني وهو مقابل المشهور المذكور فقال:

٦٤٤ـ وَقَدْ أَتى قَوْلٌ بِضَرْبِ عَامِ ... مِنْ حِينَ يَأْسٍ مِنْهُ لاَ القِيَامِ

(وقد أتى قول) في المفقود في القتال الذي بين المسلمين والكفار **(بضرب عام)** بعد البحث

يكن) المفقود في أرض الكفر فقد **(في الحرب)** والقتال مع الكفار فقولان على ما ذكره الناظم أحدهما ما ذكره بقوله: **(فالمشهور في ماله والزوجة التعمير)** فلا يقسم ماله ولا تتزوج زوجته إلا بعده كالمفقود في غير أرض الحرب وكالأسير المتقدمين **(وفيه)** أي في التعمير في جميع ذلك **(أقوال لهم)** أي للفقهاء **(معينه)** (ح): وبقيت أم ولده وماله وزوجة الأسير ومفقود أرض الشرك للتعمير وهو سبعون، واختار الشيخان ثمانين وحكم بخمسين وسبعين. وقال الناظم: **(أصحها القول بسبعين سنة)** والقول الثاني في المفقود المذكور ما أشار إليه الناظم بقوله: **(وقد أتى قول)** في مفقود المعترك

من الحاكم والتفتيش وسؤال من يظن به معرفته، فإذا أيس من خبر ضرب له أجل سنة واستمرت نفقتها في ماله إلى انقضائها وتعتبر السنة (من حين يأس منه) كما في المتيطية وابن سلمون وغيرهما (لا) من حين (القيام) فإذا انقضت السنة قسم ماله واعتدت زوجته كما قال:

٦٤٥ـ وَيُقْسَمُ المَالُ عَلَى مَمَاتِهِ وَزَوْجَةٌ تَعْتَدُّ مِنْ وَفَاتِهِ

(ويقسم المال على) حكم (مماته وزوجة تعتد) عدة الوفاة (من) أجل (وفاته) ابن سلمون: فإذا انقضى الأجل الذي هو السنة ولم تثبت حياته ولا موته اعتدت زوجته وورثه ورثته الأحياء إذ ذاك وتنقطع النفقة عن الزوجة وغيرها ممن تلزمه نفقته، ولا يحتاج في ذلك إلى تجديد حكم اهـ. أي: كما أن المفقود الآتي بأرض الإسلام في غير قتال لا يحتاج فيه إلى تجديد حكم بعد انقضاء الأربع سنين. ابن رشد: ولا فرق بينهما في جميع الأحكام إلا أن هذه تؤجل سنة بعد الاستقصاء وتلك أربع سنين بعد الاستقصاء أيضاً.

٦٤٦ـ وَذَا بِهِ الْقَضَاءُ فِي الأَنْدَلُسِ لِمَنْ مَضَى فَمُقْتَفِيهِمْ مُؤْتَسِي

(وذا) أي هذا القول الذي هو تأجيلها سنة من حين اليأس منه رجحه ابن رشد في المقدمات وشهره (خ) حيث قال: في الفقد بين المسلمين والكفار تعتد بعد سنة بعد النظر و(به القضاء في الأندلس) كما في ابن سلمون وغيره (لمن مضى فمقتفيهم) أي متبعهم في الحكم به كخليل وغيره (مؤتس) أي مقتد بقدوة ووجه هذا القول كما في ابن سلمون أنه رجح فيه الغالب على الأصل. ألا ترى أنه لا يحكم له بالحكم المذكور إلا إذا ثبت أنه رؤي في المعترك بين الصفين، ولذا يكتب فيه يعرف شهوده فلاناً، ويعلمون أنه حضر الواقعة بين المسلمين والنصارى بموضع كذا، وعاينوه في ذلك المكان في معترك القتال هنالك بين الصفين وفقد هنالك وعمي أثره، فلا نعلم حياته من وفاته حتى الآن، وبذلك قيدوا شهادتهم في كذا، فإذا ثبت هذا ولم تعلم حياته بعد الأجل والبحث عنه فإن الغالب عليه الموت فرجح على الأصل الذي هو الحياة، ولذا رجحوه على ما شهره الناظم تبعاً لصاحب البيان، وأما إذا لم تشهد البينة بمعاينته في المعترك، بل شهدت بأنه خرج مع الجيش فقط فلا يكون حكمه ما تقدم بل حكمه حكم المفقود بأرض الإسلام في غير حرب، وهو القسم الثالث من أقسام المفقود الأربعة المشار إليه بقوله:

٦٤٧ـ وَمَنْ بِأَرْضِ المُسْلِمِينَ يُفْقَدُ فَأَرْبَعٌ مِنَ السِّنِينَ الأَمَدُ

بين المسلمين والكفار (بضرب عام) له (من حين يأس منه) أي: يبحث عنه الحاكم ويسأل من يظن به معرفته فإن لم يجد شيئاً من خبره وأيس منه ضرب لها أجلاً سنة قال في المتيطية: قال بعض الموثقين: ينبغي أن يكون ضرب السلطان للأجل من يوم اليأس للمفقود لا من يوم قيام الزوجة عنده على ما استحسن من الخلاف وإليه أشار بقوله: (لا القيام ويقسم المال) بعد السنة (على مماته) أي على القول بتمويته بها (وزوجة) له واحدة أو أكثر (تعتد من وفاته) أي من أجل وفاته المحكوم بها أو من وقت الحكم بوفاته (وذا) أي وهذا القول (به القضاء في الأندلس لمن مضى فمقتفيهم) أي فمتبعهم في الإفتاء به كالشيخ (خ) (مؤتس) أي مقتد بقدوة وفيه قول ثالث ذكره ابن الحاجب: وهو أنه كمفقود أرض الإسلام الذي أشار له الناظم بقوله: (ومن بأرض المسلمين يفقد) من غير فتنة بينهم (فأربع من

أي التأجيل، فإذا فقد بأرض الإسلام في غير قتال فيفصل فيه بين الزوجة والمال فالزوجة لها أن ترفع أمرها إلى القاضي أو الوالي أو لجماعة المسلمين، فتؤجل أربع سنين والعبد نصفها بعد البحث عن خبره، وسؤال من يظن به معرفته ويعتبر الأجل من وقت العجز عن خبره لا من يوم الرفع، وأجرة البحث عليها لأنها الطالبة كما صوبه ابن ناجي، فإن لم يكن لها مال فالأجرة من بيت المال، فإن تعذر الوصول إليه كما عندنا اليوم، فالظاهر كما قال بعض: أنه ينتظر به مدة التعمير، وهذا كله إذا كان له مال تنفق منه في الأجل وإلاَّ طلقت نفسها كما قدمه في قوله: وكل من ليس له مال حري. البيت. فإذا انقضت الأربع للحر أو السنتان للعبد اعتدت كالوفاة من غير احتياج إلى تجديد حكم كما مر قريباً وهو معنى قوله:

٦٤٨ـ وَبِاعْتِدَادِ الزَّوْجَةِ الحُكْمُ جَرَى مُبَعَّضاً وَالمَالُ فِيهِ عُمِّرَا

(وباعتداد الزوجة) بعد الأجل المذكور (الحكم جرى) حال كونه (مبعضاً) بالنسبة إليها دون المال إذ المال يجب على القاضي أن يحصره ويقدم من قرابته أو غيرهم من ينظر فيه إلى أن يثبت موته أو حياته أو تمضي مدة التعمير ولا تمكن الورثة من قسمه عند انقضاء الأربع سنين قبل التعمير كما قال: (والمال فيه عمّرا) فحكم الزوجة والمال في هذا المفقود مختلف لأنه يقدر بعد الأجل المذكور بالنسبة للزوجة كأنه مات فأمرت بالاعتداد، وبالنسبة للمال كأنه حي فلم يورث ماله ولم يقسم حتى تنقضي مدة التعمير وهو معنى قوله: مبعضاً. ووجه ذلك أن الزوجة لما لحقها الضرر قدم في حقها الغالب على الأصل لأن الأصل في المفقود الحياة والغالب من عدم ظهور خبره بعد البحث والتأجيل الموت، فقدم الغالب بالنسبة إليها للضرر دون المال إذ لا ضرورة تدعو إلى قسمه وإلى هذا القسم من أقسام المفاقيد أشار (خ) بقوله: ولزوجة المفقود الرفع للقاضي والوالي ووالي الماء، وإلاَّ فلجماعة المسلمين فيؤجل الحر أربع سنين إن دامت نفقتها والعبد نصفها من العجز عن خبره، ثم اعتدت كالوفاة وسقطت بها النفقة ولا تحتاج فيها لإذن إلى أن قال: وبقيت أم ولده وماله وزوجة الأسير ومفقود أرض الشرك للتعمير الخ.

تنبيهان. **الأول**: فإن بقيت زوجته بلا تزوج بعد اعتدادها منه إلى انقضاء مدة التعمير فلا ميراث لها منه وإن كان لو أتى هو في تلك المدة كان أحق بها لأنها قد بانت منه بعد الأجل وحكم بموته في حقها، وكذلك لو ماتت هي بعد دخولها في العدة وقبل انقضاء مدة التعمير فلا يوقف للزوج ميراثه منها إلا أن تثبت حياته بعدها، ويظهر خطأ الحكم بموته وتكون هي لم تتزوج غيره قاله ابن سلمون وغيره.

السنين الأمد) أي باعتبار زوجته فإذا رفعت أمرها للقاضي بحث عنه ثم يؤجل أربع سنين من العجز عن خبره والعبد نصفها، ثم اعتدت كالوفاة وأما باعتبار ماله فلا بد من التعمير ولا يورث ماله إلا بعده وهذا معنى قوله: **(وباعتداد الزوجة)** بعد الأربع سنين **(الحكم جري)** حال كونه **(مبعضاً)** بالنسبة إليها دون المال **(والمال فيه عمرا)** وهذا كله إذا دامت نفقتها بأن كان له مال تنفق منه على نفسها وإلاَّ فلها التطليق كما مر في قوله: وكل من ليس له مال حري البيت.

الثاني: إذا كانت الزوجة غير مدخول بها فهل يكمل لها الصداق وبه القضاء أو لا؟ روايتان. وإذا قدم فهل ترد نصف ما قبضته أم لا؟ وبه القضاء. وإذا كان الصداق مؤجلاً فهل يعجل وهو لمالك أم لا؟ وهو لسحنون وهو الراجح قولان. قال جميعه (ز) وانظر قوله أولاً وبه القضاء الخ فإن الذي لابن عرفة عن الموازية أن ابن القاسم اختار الرد والله أعلم.

ثم أشار إلى القسم الرابع من أقسام المفاقيد فقال:

٦٤٩ـ وَحُكْمُ مَفْقُودٍ بِأَرْضِ الْفِتَنِ ... فِي الْمَالِ وَالزَّوْجَةِ حُكْمُ مَنْ فَنِي

(وحكم مفقود بأرض الفتن) والقتال الواقعين بين المسلمين **(في المال والزوجة حكم من فني)** ومات بالفعل فتعتد زوجته من ذلك اليوم ويرثه ورثته الأحياء يومئذ من غير أجل. قال ابن سلمون، قال مالك: ولكن يتلوم له أمد يسير بقدر ما يرجع من انصراف أو هرب إلى موضعه اهـ. وهذا يختلف بحسب قرب المواضع وبعدها واستمرار الهزيمة وردها، وهو معنى قوله:

٦٥٠ـ مَعَ التَّلَوُّمِ لِأَهْلِ الْمَلْحَمَهْ ... بِقَدْرِ مَا تَنْصَرِفُ الْمُنْهَزِمَهْ

(مع التلوم) أي حال كون الحكم المذكور مصاحباً بالتلوم **(لأهل الملحمة)** أي القتال **(بقدر ما تنصرف المنهزمة)** وهو أحد التفسيرين والتفسير الآخر أنها تعتد بعد انفصال الصفين من غير تلوم (خ): واعتدت في مفقود المعترك بين المسلمين بعد انفصال الصفين. وهل يتلوم ويجتهد؟ تفسيران الخ. وظاهره كشروحه أنه لا فرق بين بعد أماكن القتال كالخارجين مع السلطان لقتال البغاة ونحو ذلك، أو قربها وهو كذلك على المعتمد فقول الناظم:

٦٥١ـ وَإِنْ نَأَتْ أَمَاكِنُ الْمَلَاحِمِ ... تَرَبُّصُ الْعَامِ لَدَى ابْنِ الْقَاسِمِ

(وإن نأت) أي بعدت **(أماكن الملاحم)** جمع ملحمة أي التحام الصفين **(تربص العام)** أي تربصت زوجته سنة والعدة داخلة فيها **(لدى ابن القاسم)** ضعيف مقابل للمعتمد، ثم إن الناظم

تنبيه: قول الناظم وباعتداد الزوجة الحكم جرى يعني الحكم اللازم من ضرب الأجل الذي هو الأربع سنين لا أنها تحتاج في العدة إلى حكم آخر (خ) ثم اعتدت كالوفاة وسقطت بها النفقة، ولا تحتاج فيها لإذن. ابن عرفة: واختلف في صداق من لم يبن بها. فقال مالك: لها جميعه وابن دينار لها نصفه وبعض أصحابنا إن دفعه لها لم ينزع منها وإلا أعطيت نصفه قال مالك: ويعجل لها المعجل والمؤجل إلى أجله، ولابن الماجشون: يعجل نصفه ويؤخر نصفه للموت بالتعمير وسحنون يعجل جميعه.

ثم أشار إلى الرابع من المفقودين وهو مفقود المعترك بين المسلمين، وفيه أقوال اقتصر الناظم منها على قول ابن القاسم في العتبية فقال: **(وحكم مفقود بأرض الفتن في المال والزوجة حكم من فني)** أي من مات بالفعل فيورث ماله وتعتد زوجته من غير تأجيل إلا بقدر انصراف من انصرف وانهزام من انهزم كما قال: **(مع التلوم لأهل الملحمة بقدر ما تنصرف المنهزمة)** وظاهر النقل أن التلوم بعد ذلك لا بقدره وسنقف عليه وهذا إذا قرب موضع الفتنة والقتال **(وإن نأت)** أي بعدت **(أماكن الملاحم)** جمع ملحمة أي التحام الصفين **(تربص العام لدى ابن القاسم)** أي أنظرت زوجته سنة والعدة داخلة فيها، وهذا إذا رآه في المعركة من تقبل شهادته، وإن لم يشهدوا بموته كما قال: **(وأمد العدة)**

حذف الفاء مع ما لا يصلح أن يكون شرطاً كقولهم: من يفعل الحسنات الله يشكرها، وهذا إذا أعرب تربص مبتدأ والخبر في الظرف بعده، ويحتمل أن يقرأ بضم التاء على أنه فعل ماض والعام نائبه وهو أولى.

٦٥٢ـ وَأَمَدُ الْعِدَّةِ فِيهِ إِنْ شَهِدْ   أَنْ قَدْ رَأَى الشُّهُودُ فِيهَا مَنْ فُقِدْ

(وأمد العدة) داخل **(فيه)** أي في العام المذكور على القول المذكور، ثم محل كونها تعتد بعد انفصال الصفين مع التلوم أو دونه أو تتربص العام مع البعد **(إن شهد)** العدول **(أن)** على حذف الجار **(قد رأى الشهود)** فاعل رأى **(فيها)** أي الملحمة **(من)** مفعول برأى **(فقد)** صلة أي لا بد أن يشهدوا بمعاينته في المعترك كما مر في المفقود في الحرب بين المسلمين والكفار وسواء كانت شهادة أصل أو شهادة نقل كما يقتضيه كلام الناظم لأنه تكلم على شهادة النقل فيفهم جواز شهادة الأصل بالأحرى، ويحتمل أن يكون الشهود فاعل يشهد المبني للفاعل وأن وما بعدها مفعوله أي أنه شهد الشهود إن قدر أو أمن فقد في المعركة، فيكون قد تكلم على شهادة الأصل فقط، وفيه ضعف من جهة أن الشهود يتنازع فيه رأى وشهد فأعمل الأولى على هذا الاحتمال، وأعمل الثاني في ضميره وحذفه مع أنه عمدة لا يحذف، ويحتمل أن يقرأ شهد بالبناء للمفعول وأن وما بعدها نائبه أي إن شهد برؤية الشهود من فقد في المعركة وهو في المعنى هو الاحتمال الأول، وإنما اختلف في كون شهد مبنياً للفاعل أو المفعول، ومفهوم الشرط أنهم إذا لم يشهدوا برؤيته في المعركة لم يكن حكمه ما مر من الخلاف المذكور، بل حكمه حكم المفقود بأرض الإسلام بغير حرب اتفاقاً فتؤجل زوجته أربع سنين ويبقى ماله للتعمير كما مرّ.

فصل في الحضانة

مأخوذة من حضانة الطير إذا غطى أولاده بأجنحته وهي في الشرع الكفالة والتربية والقيام بأمور المحضون، وإليه يرجع قول ابن عرفة: هي محصول قول الباجي حفظ الولد في مبيته

داخل **(فيه)** أي في الأجل **(إن شهد أن قد رأى الشهود فيها)** أي في المعركة **(من فقد)** ابن شاس: والمفقود في المعترك بين المسلمين ليس فيه أجل بل تعتد زوجته من يوم التقاء الصفين، وروي أيضاً تتربص زوجته سنة، ثم تعتد. وروي أن العدة داخلة في السنة وقال في العتبية فيما قرب من الديار: يتلوم الإمام لزوجته باجتهاده بعد انصراف من انصرف وانهزام من انهزم ثم تعتد وتتزوج وفيما بعد مثل إفريقية ونحوها ينتظر سنة. وقال محمد: فيما بعد هو على حكم المفقود يتربص أربع سنين. وقال أصبغ: يضرب لامرأته بقدر ما يستقصي أمره ويستبرأ خبره، وليس لذلك حد معلوم التفريع إن قلنا بالقول الأول قسم ماله حينئذ، وإن قلنا يتربص أربع سنين أوقفنا ماله للتعمير، واختلف القائلون بأن زوجته تتربص سنة هل يقسم ماله أو يوقف للتعمير؟

فصــل في الحضانة

ابن عرفة: هي محصول قول الباجي حفظ الولد في مبيته ومؤنة طعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه. ابن رشد والمتيطي: الإجماع على وجوب كفالة الأطفال الصغار لأنهم خلق ضعيف

ومؤنة طعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه أهـ. وهي واجبة إجماعاً لأن في تركها تضييعاً للولد. ابن رشد: لأنه خلق ضعيف يفتقر لكافل يربيه حتى يقوم بنفسه فهي فرض كفاية إن قام بها قائم سقط عن الباقين ولا تتعين إلا على الأب والأم في حولي رضاعه إن لم يكن له أب، أو كان ولا يقبل غيرها.

٦٥٣ـ الحَقُّ لِلْحَاضِنِ فِي الحَضَانَه وَحَالُ هَذَا الْقَوْلِ مُسْتَبَانَه

(**الحق للحاضن في الحضانة. وحال هذا القول**) أي ووجهه ودليله (**مستبانة**) أي بينة والحال يذكر ويؤنث ولذا أخبر عنه بالمؤنث.

٦٥٤ـ لِكَوْنِهِ يُسْقِطُهَا فَتَسْقُطُ وَقِيلَ بِالْعَكْسِ فَمَا إِنْ تَسْقُطُ

(**لكونه يسقطها**) بضم الياء من أسقط الرباعي (**فتسقط**) بفتح التاء من سقط الثلاثي والضمير المضاف إليه كون يعود على الحاضن أي إنما كان حال هذا القول بيناً لكون الحاضن إذا أسقط الحضانة بعوض الخلع أو بغير عوض أصلاً فإنها تسقط ولو كانت حقاً للمحضون أو حقاً لله أو لهما ما سقطت بإسقاطه ولكونه أيضاً لا أجرة للحاضن على الحضانة إذ الإنسان لا يأخذ أجراً على فعل شيء واجب عليه، ولو كانت حقاً للمحضون لكانت له الأجرة. وهذا على المشهور من أنه لا أجرة له كما قال (خ): ولا شيء لحاضن لأجلها أي لأجل مجرد الحضانة التي هي حفظ الولد في بيته كما تقدم، وأما خدمته من طحن وعجن وسقي ماء وطبخ وغسل ثياب فلها الأجرة على ذلك لأن الأب يلزمه إخدام ولده. وفي وصايا المتيطية ما نصه: ولا أجرة للحاضنة على الحضانة وإنما لها الأجرة إن كفته مؤنة الخدمة اهـ. ونحوه في البرزلي قائلاً، وأما كلفة المؤنة فلها الأجرة إن خدمتهم وإن استغنى الولد بالخادم عن خدمتها فلا شيء لها من أجرة الكفالة. (**وقيل بالعكس**) وهو أن الحق للمحضون وعليه (**فما**) نافية (**أن**) زائدة (**تسقط**) أي فلا تسقط بإسقاطه وهما روايتان. وقيل: الحق لهما وهو اختيار الباجي وابن محرز، واستظهره

يفتقر لكافل يربيه حتى يقوم بنفسه فهو فرض كفاية إن قام به قائم سقط عن الباقي لا يتعين إلا على الأب والأم في حولي رضاعه إن لم يكن له أب ولا مال له أو كان ولا يقبل غيرها اهـ. واختلف هل (**الحق للحاضن في الحضانة وحال هذا القول مستبانة**) أي وجهه ودليله بين (**لكونه**) أي الحاضن (**يسقطها**) أي الحضانة بعوض كخلع الأم على إسقاط حضانتها أو بغير عوض (**فتسقط**) ولكونه لا أجرة للحاضن على الحضانة على المشهور إما خدمة المحضون من طحن وعجن وطبخ وغسل ثياب فلها الأجرة على ذلك، ولذا قال (خ): ولا شيء لحاضن لأجلها ومع ذلك قال الجنان: العمل على خلافه (**وقيل بالعكس**) وأن الحق في الحضانة للمحضون وعليه (**فما إن تسقط**) أي فلا تسقط بإسقاطها وإن زائدة وهما روايتان، وعليهما اقتصر ابن شاس أيضاً، وقيل الحق لهما. **ابن عرفة**: وهو اختيار الباجي وابن محرز الشارح، وهو أظهر، وقيل الحق لله تعالى وعليهما فلا تسقط أيضاً ومما بنوا على هذا الخلاف ما ذكره ابن عرفة. وغيره: عن ابن عات لو قالت جدته لأبيه وليس له إلا دار قيمتها عشرون ديناراً لحضنه وأنفق عليه من مالي وأبت جدته لأمه وأرادت بيعها. فالقول لها. وقال المشاور ينظر في الأرفق بالصبي، وسئل ابن لب عن بنتين في حضانة جدتهما فالتزمت العمة وهي

الشارح، وقيل: الحق لله تعالى وعليهما فلا تسقط ومما بنوه على الخلاف إذا قبضت الحاضنة كسوة الولد ونفقته فادعت أنهما تلفا فعلى الثاني تحلف وهما على الأب وعلى الأول ضمانهما منها إلا ببينة على الضياع، وعليه العمل كما في ابن عات. ونقله ابن عرفة ومما بنوه عليه أيضاً إذا طلق الرجل امرأته، ثم أخذت بعد ذلك عوضاً عن إسقاط الحضانة فعلى أن الحق لها يجوز ولا رجوع لها فيه وهو المعتمد، وعلى أنه حق للولد لا يلزمها ذلك ولها الرجوع في العوض كما في البرزلي عن ابن رشد، ومما بنوه أيضاً أن الأم إذا أسقطت الحضانة للأب مثلاً فإن الجدة للأم تأخذه، وهذا إنما يتفرع على الثاني دون الأول، ومن ذلك أيضاً إذا قال الأبعد: أنا أنفق عليه مالي ولا أبيع له شيئاً من أمتعته بل تبقى موقوفة له إلى بلوغه، ولا أرجع عليه بشيء وأبى الأقرب إلا بيع أمتعته وإنفاقها عليه فالذي رجحه ابن لب وغيره نقل الحضانة للأبعد حيث لا ضرر على المحضون ولا نقص مرفق لظهور المصلحة العظمى بصون ماله، وهذا إنما يتفرع على الثاني أيضاً دون الأول.

تنبيه: تقدم أن الحاضن إذا كانت له خدمة غير الحضانة، فله الأجرة على ذلك، وأما المحضون إذا كانت له خدمة فهل يرجع بها الأب على الحاضنة أم لا؟ ففي البرزلي عن ابن الرماح: أن المحضونة إذا كانت تخدم نفسها فلا مقال لأبيها وإن كانت تخدم الحاضنة خدمة لها بال فيرجع على الحاضنة بأجرة مثلها اهـ. البرزلي: هذا بيِّن إن لم تكن الحاضنة أمها فإن كانت فالصواب أن لا أجرة لها كما تجب على أمها إن كان للمحجورة مال، وأما لو كانت لها صناعة من غزل أو غيره فإنه يرجع بذلك على الحاضنة اهـ. يريد الحاضنة غير الأم بدليل ما في المعيار من أنه اختلف ابن عتاب وابن القطان في الصبية المحضونة إذا كانت لها صنعة فاجتمع لها من صنعتها دنانير، فأرادت أمها المختلعة المتحملة أن تستعين بها في نفقتها فقال ابن عتاب: إن ذلك للأم تستعين به في نفقتها. وقال ابن القطان: لا يكون لها بل يوقف للابنة، وقول ابن عتاب أولى، وفيه أيضاً لا كسب للمحضون بمعنى أن كسبه ينفق عليه، وقيل لا ينفق عليه وهو أصح اهـ. ففرق بين الأم وغيرها فالأم تستعين بخدمة المحضون دون غيرها كما ترى.

٦٥٥- وَصَرْفُهَا إِلَى النِّسَاءِ أَلْيَقُ ... لأَنَّهُنَّ فِي الأُمُورِ أَشْفَقُ

(وصرفها) أي الحضانة **(إلى النساء أليق لأنهن في الأمور)** أي في أمور الحضانة أعرف من الرجال لأن الحضانة من مقتضيات طباعهن، فلذلك قدمهن الشارع صلوات الله وسلامه عليه على غيرهن لأنهن **(أشفق)** بالمحضون وأرأف وأدرى بمصالحه، وقاعدة الشرع كما للقرافي أن يقدم في كل ولاية من هو أدرى بمصالحه، ففي الحرب من هو شجاع يسوس الناس، وفي

وصي نفقتهما ولو بقيتا عند الجدة ذهب مالهما، فأجاب: بأن الصواب نقل الحضانة للعمة إن لم يعلم في ذلك ضرر على البنتين ولا نقص مرفق لظهور المصلحة العظمى، ثم رجح ذلك بوجوه.

(وصرفها) أي الحضانة **(إلى النساء أليق لأنهن في)** هذه **(الأمور أشفق)** وقاعدة الشرع كما قاله القرافي في ذخيرته أن يقدم في كل ولاية من هو أقوم بمصالحها ففي الحرب من هو شجاع مجرب يسوس الناس، وفي القضاء من هو فقيه متأيد بالدين والفراسة، وفي ولاية الأيتام من هو عارف

القضاء من هو فقيه متأيد بالدين والفراسة، وفي ولاية الأيتام من هو عارف بتنمية المال، وقد يكون المقدم في باب مؤخراً في غيره، فالمرأة مؤخرة في الإمامة مقدمة في الحضانة لمزيد شفقتها وصبرها فهي أقوم بمصالح الطفل.

٦٥٦ـ وَكَونُهُنَّ مِنْ ذَوَاتِ الرَّحِمِ شَرْطٌ لَهُنَّ وَذَوَاتِ مَحْرَمِ

(وكونهن من ذوات الرحم شرط لهن) خبر عن كون (وذات محرم) معطوف على ذوات الرحم أي شرط حضانة النساء أن يكن ذوات رحم من المحضون كالأم والخالة والجدة ونحوهن، وأن يكن محرمات عليه كالخالة ومن معها فإن لم يكن ذوات رحم منه كالأم والأخت من الرضاع وزوجة أبيه ونحوها من المحرمات بالصهر فلا حضانة لهن، وكذلك إن كن ذوات رحم منه ولم يكن محرمات عليه كبنتي الخالة والعمة ونحوهما فلا حضانة لهن أيضاً، وفهم منه أن هذا الشرط خاص بالنساء، وأما الرجال فيستحقون الحضانة بمجرد الولاية ولا يشترط فيهم إلا الشروط الآتية في قوله: وشرطها الصحة والصيانة الخ. فالرجال يستحقونها بالشروط الآتية كانوا من ذوي رحمه المحرم كالجد والعم، أو من ذوي رحمه الذي ليس بمحرم كابن العم، أو لم يكونوا من ذوي رحمه أصلاً كالوصي والمولى ومقدم القاضي، وهذا البيت تقييد للعموم في البيت قبله أي إنما يليق صرفها للنساء بشرط كونهن من ذات رحمه وذوات محرم منه.

٦٥٧ـ وَهْيَ إِلى الإِثْغَارِ فِي الذُّكُورِ والاحْتِلامُ الحَدُّ فِي المَشْهُورِ

(وهي) أي الحضانة أي حدها مستمر (إلى الإثغار في الذكور) أي في قول أبي مصعب ومن معه وهو ضعيف بدليل قوله: (والاحتلام) مبتدأ خبره (الحد في المشهور) (خ): وحضانة الذكر للبلوغ والأنثى كالنفقة الخ. وهو معنى قوله:

٦٥٨ـ وفي الإنَاثِ لِلدُّخُولِ المنتَهَى والأمُّ أَوْلَى ثُمَّ أُمُّهَا بِهَا

(وفي الإناث للدخول المنتهى) مبتدأ خبره في المجرور قبله أي تستمر الحضانة في الأنثى

بتنمية المال، وقد يكون المقدم في باب مؤخراً في غيره فالمرأة مؤخرة في الإمامة مقدمة في الحضانة لمزيد شفقتها وصبرها فهي أقوم بمصالح الحضانة من الرجال. قال ابن رشد: ويستحق النساء الحضانة بوصفين أن يكن ذوات رحم من المحضون وإن يكن محرمات عليه، وإليه أشار بقوله: (وكونهن من ذوات الرحم شرط لهن وذوات محرم) فخرج بالشرط الأول الأم من الرضاع والأخت ونحوها والمحرمات بالصهر وخرج بالثاني بنت الخالة وبنت العمة ونحوهما، فلا حضانة لواحدة من هؤلاء، وأما الرجال فيستحقونها بمجرد الولاية محرماً كانوا كالعم أو رحماً كابنه أو لا كالوصي والمولى، وفي هذا تفصيل لما أجمله في البيت قبله وتأتي بقية شروط الحاضن في قوله: وشرطها الخ. (وهي) أي الحضانة تنتهي (إلى الإثغار في الذكور) وهذا قول أبي مصعب ومن وافقه (والاحتلام الحد في المشهور) أي في الذكور أيضاً (وفي الإناث للدخول المنتهى) أي إلى أن يدخل بها زوجها فتزف إليه من بيت أمها مثلاً ويحتن المحضون عند أبيه ثم يرد للأم ابن عرفة: ومستحقها وأبو الولد زوجان هما وفي افتراقهما أصناف. الأول الأم وتساؤها من لها عليه ولادة بسببها ولو بعدت ملول فصل منها، والثاني: نساء الأب من له عليه أمومة كما مر. الثالث: الوصي. الرابع: العصبة هذا في الجملة.

لدخول زوجها بها كما تستمر نفقتها لدخولها كما قال في النفقات:

ففي الذكور للبلوغ يتصل وفي الإناث بالدخول ينفصل

فتزف المحضونة لزوجها من بيت حاضنتها ولا مقال للأب بخلاف الختان، فإنه يختن الولد عند أبيه ثم يرد إلى حاضنته. ابن عرفة: ومستحقها أبو الولد زوجان هما وفي افتراقهما أصناف. الأول الأم ونساؤها من لها عليه ولادة بسببها، وأول فصل منها أي من هذه التي لها عليه ولادة، فالخالة أحق من الجدة للأب لأنها أول فصل ممن لها عليه ولادة. الثاني: نساء الأب من لها عليه أمومة كما مر. الثالث: الوصي. الرابع: العصبة اهـ. والضمير في هما خبر عن قوله مستحقها. وجملة وأبو الولد زوجان مبتدأ وخبر حالية خلت من الواو، وفهم منه أن الأصناف المذكورة هي على الترتيب المذكور فلا كلام للصنف الثاني مع وجود الأول، وهكذا.

وأما ترتيب أفراد كل صنف فهو ما أشار له الناظم بقوله: **(فالأم أولى)** من باقي قرابتها وأحرى من الأصناف التي بعدها **(ثم)** إن لم تكن أم أو تزوجت أجنبياً فـ**(أمها)** وهي جدة الطفل أولى **(بها)** أي الحضانة فإن لم تكن أو تزوجت.

٦٥٩ـ فَأُمُّهَا فَخَالَةٌ فَأُمُّ الأَبْ ثُمَّ أَبٌ فَأُمُّ مَنْ لَهُ انْتَسَبْ

(فأمها) أي أم أمها أو أم أبيها فإن اجتمعتا فأم أمها أحق بها أي بالحضانة من أم أبيها فإن لم تكن واحدة منهما **فأم** أم أمها أو أم أم أبيها أو أم أبي أبيها أو أم أبي أمها، فإن اجتمع الأربع فأم أم أمها أحق ثم أم أبي الأم وأم أم الأب بمنزلة واحدة ثم أم أبي الأب، وعلى هذا الترتيب أمهاتهن ما علون قاله ابن عرفة. فإن لم تكن واحدة ممن تقدم. **(فخالة)** وهي أخت الأم الشقيقة ثم التي للأم ثم التي للأب فإن لم تكن واحدة منهن فأخت جدة الطفل وهي خالة أمه وخالة خالته الشقيقة ثم التي للأم، ثم التي للأب كما مر في أخت الأم. وهي خالة الطفل، فإن لم تكن واحدة منهن فأخت الجد للأم وهي عمة الأم وعمة الخالة، وعلى هذا الترتيب ما بعد النسب من الأم. وهنا انتهى الكلام على ترتيب الصنف الأول وهو مقدم على الصنف الثاني الذي بعده إجماعاً.

تنبيهان. الأول: كل من انتقلت له الحضانة من هذه الأفراد يشترط في استحقاقه للحضانة أن لا يسكن مع من سقطت حضانته بتزوج أو غيره كما في (خ) وغيره.

الثاني: قال في المدونة: وللأب تعاهد ولده عند أمه وأدبه وبعثه للمكتب ولا يبيت إلا عند أمه. ابن عرفة: ويجب كون الظرف الذي هو عند أمه في موضع الحال من ولده لأنه معمول للفظ تعاهد لأن ذلك ذريعة لاتصاله بمطلقته مع زيادة ضرر زوجها بذلك.

وأما ترتيبها فأشار له الناظم بقوله: **(والأم أولى)** من كل واحد وفي حديث عمر قال لنا رسول الله ﷺ: «أترون هذه طارحة ولدها في النار». قلنا: لا، وهي تقدر قال: «الله أرحم بعباده من هذه بولدها». رواه البخاري. **(ثم أمها)** وهي الجدة أولى **(بها)** أي بالحضانة **(فأمها)** أي أم الجدة المتيطي وإن بعدت ابن رشد أحق بالنساء بعد الأم الجدة للأم ثم أم الجدة ثم أم أبيها ثم أم أمها **(فخالة)** وهي أخت الأم فخالتها فعمتها وفيهما خلاف **(فأم الأب ثم أب)** ثم جدة للأب وإن علت

قلت: ومنه يعلم الحكم فيما يقع كثيراً من تنازع الزوج ومطلقته في الولد الصغير كالرضيع والفطيم فتريد هي أن يأتي إليه أبوه لينظر حالته وما هو عليه عندها ويطلب هو أن ترسله إليه لينظر ذلك، فالقول له لا لها كما يدل عليه قوله لأن ذلك ذريعة لاتصاله بمطلقته الخ. وبه كنت أفتيت لما سألني عن ذلك بعض أولاد الأمراء حين تنازع مع مطلقته في ذلك.

ثم أشار إلى ترتيب أفراد الصنف الثاني بقوله: (**فأم الأب**) أي جدة الطفل من جهة أبيه (**ثم**) إن لم تكن أمه أو كان لها زوج أجنبي فـ(**أب**) فإن لم يكن (**فأم من له انتسب**) وهي جدة الأب من أمه أو أبيه وإن علت، وهذا على ما في ابن سلمون من أن المشهور أن الأب مقدم على غيره من قرابته، ومذهب المدونة أن الأب مؤخر عن أمه وعن أم أمه وأم أبيه وأم أمه أحق من أم أبيه إن اجتمعتا، فإن لم تكن له واحدة منهما فأم أم أمه أو أم أم أبيه أو أم أب أبيه أو أم أبي أمه كما مرّ في قرابات الأم فإن لم تكن واحدة منهن فالأب حينئذ هذا مذهبها وهو المشهور، وبه أفتى (خ) ثم جدة الأب ثم الأب الخ. وعليه فلو قال الناظم: ثم بعيد جدة ثم الأب لوافق المذهب.

٦٦٠ـ فَالأُخْتُ فَالعَمَّةُ ثم ابنَةُ الأَخْ فَابْنَةُ أُخْتٍ فَأَخٌ بَعْدُ رَسَخْ

(**فالأخت**) للطفل على مذهبها أيضاً (**فالعمة**) له أي وهي أخت الأب فإن لم تكن فعمة الأب فإن لم تكن فخالة الأب فإن لم تكن (**فابنة الأخ**) وقد علمت أن الناظم أسقط خالة الأب كخليل مع أنها مقدمة على ابنة الأخ كما في المقدمات وغيرها. فإن لم توجد بنت الأخ أو قام بها مانع (**فابنة الأخت**) على المعتمد كما يفيده نقل (ق) وإن كان (خ) حكى أقوالاً في كونها تقدم على بنت الأخ أو تؤخر أو لا حضانة لها من غير ترجيح لشيء منها، فإن لم تكن أو قام بها مانع انتقل الحق للصنف الثالث وهو الوصي لأنه أحق من العصبة كما يأتي فإن لم يكن الوصي ولا وصي وصيه انتقل الحق للصنف الرابع، وأشار إلى ترتيب أفراده بقوله: (**فأخ**) للطفل (**بعد رسخ**) أي ثبت بعد من ذكر.

٦٦١ـ وَالعَصَبَاتُ بَعْدُ وَالوَصِيُّ أَحَقُّ والسِّنُّ بِهَا مَرْعِيُّ

(**والعصبات**) أي بقيتهم (**بعد**) الأخ الأقرب فالأقرب فالجد من قبل الأب بعد الأخ ثم ابن

وهي المراد بقوله (**فأم من له انتسب**) من أب أو أم أي الجدة من قبلهما وأخر الناظم الأب عن أمه. وقدمه على أمها وأخره (خ) عنهما معاً فقال: ثم جدة الأب ثم الأب ثم الأخت، وهذا مذهب الكتاب. ابن عرفة: فإن لم تكن قرابات الأم ففي تقديم الأب على قرابته وعكسه ثالثها الجدات من قبله أحق منه وهو أحق من سائرهن لنقلي القاضي، وفي الجواهر مذهب الكتاب أنه يقدم عليه من سوى الأخت، وقيل: إن جميع النساء مقدمات عليه، وقيل: لا يقدم عليه إلا الأم والجدة: وفي ابن سلمون والأب أولى من قراباته إلا أمه وحدها، فهل يكون أولى منها أو لا؟ في ذلك قولان. أحدهما: أنها أولى منه وهو المشهور. والثاني: أنه أولى منها اهـ. وعلى هذا المشهور قول المصنف: (**فالأخت**) للطفل بعد الأب على مذهب المدونة (**فالعمة**) له وهي أخت الأب (**فابنة الأخ**) على قول. وفي المقدمات ثم العمات ثم عمات الأب ثم خالاته ثم بنات الأخوة وبنات الأخوات (**فابنة أخت**) وقيل لا حضانة لبنت الأخت وفي (ح) ثم هل بنت الأخ أو الأخت أو الأكفاء منهن وهو أظهر

الأخ ثم العم ثم ابنه ثم المولى الأعلى ثم الأسفل وهو عتيق أبي المحضون **(والوصي أحق)** أي من الأخ وسائر العصبة، وظاهره كان الوصي ذكراً أو أنثى وهو كذلك إلا أنه إذا كان أنثى فله الحضانة مطلقاً، وأما إن كان ذكراً فإنما له حضانة الذكر أو الأنثى التي لا تطيق الوطء أو أطاقته ولكنه تزوج بأمها أو بجدتها حتى صار محرماً، وإلا فلا حضانة له على أحد قولين مرجحين، وهو الذي يجب اعتماده في زمننا هذا من غير نظر لكونه مأموناً أم لا لغلبة الفساد، بل وكذلك ينبغي في العاصب الذي ليس بمحرم كابن العم ونحوه فبقاء المطيقة مع زوج أمها أحسن لأنه ذو محرم منها. والوصي وابن العم كلاهما غير محرم. وفي المتيطية التصريح بذلك في الوصي وابن العم كذلك فيما يظهر، وتأمل ما يأتي عند قوله: والسن بها مرعي والله أعلم. وشمل قوله: والوصي الخ مقدم القاضي فإنه يقدم على العصبة كما في أقضية الزرقاني، ولكن أنت خبير بفساد قضاة الوقت كما تقدم في الأقضية والشهادات، فيقدمون من لا يستحق التقديم، بل ولا تكون فيه شروط تولية القضاء متوفرة في الغالب وعليه فلا ينبغي أن يقدم مقدمه على العصبة والله أعلم.

(والسن بها مرعي) أي إذا تعدد الحاضن وهو في درجة واحدة كأخوين أو أختين مثلاً، فالأكبر سناً مقدم على من هو أصغر منه لأنه أقرب للصبر والرفق بالمحضون، وكذا إذا تعدد بوجود الشقيق، والذي للأم فإنه يقدم الشقيق، ثم الذي للأم ثم الذي للأب فتقدم العمة الشقيقة، ثم التي للأم ثم التي للأب، وهكذا (خ) وقدم الشقيق ثم للأم ثم للأب في الجميع، فإن تساووا فيقدم الصينُ الأسن فإن تساووا قدم الأسن فإن تساووا فالقرعة، فإن كان في أحدهما صيانة، وفي الآخر شفقة فيقدم الصينُ على الأشفق، فإن تساووا قدم الأسن، فإن تزوجت أمه عمه فأراد عمه الأشفق أخذه لم يكن له ذلك لأن كونه مع أمه وعمه أولى من كونه عند عم له زوجة أجنبية، وإن تزوجت خالته عمه فأراد أبوه أخذه لم يكن له ذلك لأن كونه مع أمه وعمه أحسن من كونه عند أبيه الذي زوجته أجنبية، لأن الغالب منها عليه الجفاء، والغالب من الأب أن يكله إليها قاله (ز) وهو داخل في قول الناظم:

وفـي الإنـاث عـدم الـزوج عـدا   جـداً لـمـحـضـون بـهـا زوجـاً غـدا

وفي قول (خ) عاطفاً على ما تسقط به الحضانة أو يكون محرماً، وأن لا حضانة له كالخال أو ولياً كابن العم الخ.

أقوال **(فأخ بعد رسخ)** أي ثبت بعد من ذكر **(والعصبات)** أي بقيتهم **(بعد)** الأخ وهو ابنه والجد بينهما ثم العم ثم ابنه ثم المولى الأعلى والأسفل على المشهور **(والوصي أحق)** أي من الأخ وسائر العصبة. وهذا في الذكور، أما الإناث إذا كبرن فإن كن محارم منه فهو أحق وإلا فهل له حق في حضانتهن. قولان: ابن بشير ينبغي أن يكون خلافاً في حال، فإن كان مأموناً وله أهل فهو أحق وإلا فلا حق له كذا في الجواهر، وعند ابن عرفة فإن ظهرت أمارة الشفقة فهو أحق وإلا فلا اهـ. (خ): وقدم الشقيق ثم للأم ثم للأب في الجميع وفي المتساويين بالصيانة والشفقة اهـ. فإن تساووا فيهما قدم الأسن لأنه أقرب للصبر والرفق بالمحضون وهذا هو المراد بقوله:

(والسن بها مرعي) فإن تساووا فالقرعة ويقدم الأشفق على الأصون قاله (ز) **(وشرطها)** أي

٦٦٢ـ وَشَرْطُهَا الصِّحَّةُ والصِّيَانَهْ وَالحِرْزُ وَالتَّكْلِيفُ وَالدِّيَانَهْ

(وشرطها) أي الحضانة زيادة على ما تقدم في قوله: وكونهن من ذوات الرحم شرط الخ. (الصحة) أي صحة جسم الحاضن فالمريض الضعيف القوة لا حضانة له، وكذا الأعمى والأصم والأخرس والمقعد لأنه لا يقوم بمصلحة نفسه، فكيف يقوم بمصلحة غيره؟ اللهم إلا أن يكون عنده من يحضن كما يفيده الزرقاني في المقعد، والظاهر أن غيره ممن ذكر كذلك، وكذا من يخاف من مرضه العدوى على ما جرت به العادة كالجذام والبرص والجرب الدامي والحكة، ومن ذلك المسمى عندنا بالمرض الكبير وهو حب الإفرنج، ولو كان في المحضون مثله لأنه قد تحصل زيادة بانضمامه لمن به ذلك، ولو كان عنده من يحضن لاحتمال اتصاله بالمحضون بخلاف القسم الأول الذي قبله. (والصيانة) فلا حضانة لغير الصينّ للحوق المعرة بعدم الصون وظاهر كلامهم ولو كان عنده من يحضن (والحرز) أي مكان حرز لئلا يلحقه الضياع كأن يكون بطرف العمارة بحيث يخشى عليه من السباع وتصيبه المتوقعات المحذورة كسارق يسرقه أو يسلبه ثيابه وكدخول الفساق على البنت أو الولد (والتكليف) فلا حضانة لغير عاقل ولا لغير بالغ لأنه لا يمكن أن يكون المحضون معهما في حفظ وصيانة. وفي الفائق: أن الصبي الصغير له الحضانة وحاضنه يحضن له قال أبو إبراهيم الأعرج: وبه الفتوى اهـ بنقل (تت) ومثله في (ز) عند قول المصنف: ورشد لا إسلام الخ. وكذا ذكره طفي عند قول المصنف، وشرط الحاضن العقل الخ. ونظمه في العمل المطلق.

قلت: ولعل هذا خاص بالحاضن الذكر، وأما الأنثى فلا لأنه قد تكون حضانتها ليست محرماً من محضون الصبي ولا أشفق عليه إلا أن تكون حاضنته ممن تستحق حضانة الصبي المحضون إلا أنها متأخرة في المرتبة فتأمله.

(والديانة) فلا حضانة لفاسقة ولا لفاسق، فرب أب شريب يذهب يشرب الخمر ويترك ابنته يدخل عليها الرجال ولا يشترط كون الحاضنة مسلمة على المشهور، بل للذمية من الحضانة ما للمسلمة إن كانت في حرز ولم يخش عليها من تغذيتهم الخمر والخنزير كما في (ح) وشروحه.

الحضانة زيادة على ما تقدم (الصحة) أي صحة جسم الحاضن لأن المريض المنهوك القوي يحتاج لمن يقوم به وذو العاهة كالبرص يخشى منه (والصيانة) خوفاً من لحوق المعرة (والحرز) له أي حرز المكان في البنت يخاف عليها كما في (خ) وابن الحاجب وأصله للخمي ابن عرفة والحق أنه شرط في البنت وفي الولد (والتكليف) فلا حضانة لصبي ولا مجنون. وفي الفائق أن الصغير له الحضانة وحاضنه يحضن له قال أبو إبراهيم الأعرج، وبه الفتوى. وكذا اختلف في السفيهة المولى عليها ذات صون وقيام غير متلفة لما تقبضه وصوب ابن عرفة: أن لها الحضانة قائلاً هو ظاهر عموم الروايات في المدونة وغيرها (والديانة) أي وأن يكون الحاضن ديناً لا فاسقاً قرب أب شريب يذهب يشرب ويترك ابنته يدخل عليها الرجال ولو لمصلحة فلا حضانة له قال في الجواهر: ولا يشترط كون الحاضنة مسلمة على المشهور بل للذمية من الحضانة ما للمسلمة إن كانت في حرز، ويمنع أن تغذيهم بخمر أو خنزير فإن خيف ذلك ضمت إلى أناس من المسلمين ولا تشترط الحرية، بل للأمة حضانة ولدها

تنبيهان. الأول: ظاهر قول الناظم والتكليف والديانة الخ. أنه لا يشترط في الحاضنة أن تكون رشيدة، وهو كذلك حيث كانت حافظة لما تقبضه من نفقة محضونها، أو كان لها ولي وإلاً فلا كما أفتى به ابن هارون، وهو الصواب كما في ابن عرفة. انظر شراح المتن ونظم العمل المطلق.

الثاني: ظاهر النظم أيضاً أن الحاضن إذا نوزع في شرط من هذه الشروط فإن عليه إثباته لأن الأصل عدم الشروط حتى يثبت وجودها، وهذا هو الذي صرح به (خ) في الأمانة حيث قال: وأثبتها أي يجب على الحاضن أن يثبت الأمانة إن نوزع فيها، ولا مفهوم للأمانة بل غيرها من الشروط مما عدا الصحة كذلك، وأما الصحة فإن القول لمدعيها لأنها الأصل في الناس ومدعي خلافها عليه الإثبات. وقد اقتصر ابن رحال في حاشيته هنا لما في (خ) من وجوب الإثبات مصرحاً بأنه المذهب.

قلت: وهو الظاهر لأنه الذي تشهد له القواعد والظواهر، واعتراض الشيخ الرهوني عليه في حاشيته على المختصر بأنه لا مستند لخليل إلا كلام ابن القصار وابن الهندي وابن فتوح، ومن وافقهم. وهؤلاء إنما اعتمدوا في ذلك على أخذهم إياه من المدونة وليس أخذهم منها بمسلم الخ. غير ظاهر كما يعلم ذلك بمراجعة المطولات وملاحظة القواعد واعتراضه أيضاً بأنه لو كلف الحاضن بإثبات الأمانة لكلف بذلك الأب عند انتقال الحضانة إليه يرد بأن الأب هو الأصل لما جبل عليه من الحنانة والشفقة، ولأنه الدافع للمال، وقد كان الولد في حفظه ونفقته فلا يلزمه دفع الولد والنفقة للحاضنة، أماً كانت أو غيرها حتى تثبت أمانتها وديانتها لئلا يضيع عليه ماله أو ولده، فلا يقال: إن إثبات ذلك لازم له أيضاً إذا أراد الحضانة بنفسه لأنا نقول الكلام إنما هو في نقل الشيء عن أصله أي: فلا ينقل عنه ولا يحكم عليه الشرع بدفعه إلا لمن يوثق به، ولو كان هو مسخوطاً غير مرضي الحال، وإلاً لزم الخروج من سخطة إلى مثلها أو أقبح منها، وذلك من العبث الذي لا يحكم به الشرع وهو بالنسبة للطفل، وأما بالنسبة للنفقة فلا إشكال أنه لا يلزمه دفعها إلا لموثوق به كما مر، وهكذا أيضاً يقال في كل من طلب انتقالها إليه لأن الكلام إنما هو مفروض عند التشاح والحائز للولد إن مات الأب مثلاً لا يلزمه دفع الولد إلا لموثوق به لكون الشارع أمره بذلك لئلا يوقع الولد في مضيعة فلا يخرج الولد من يد من ثبت له عليه محافظة ولو لحظة إلى أمر محتمل مشكوك في كونه أسوأ حالاً من الحائز أو مثله والله أعلم.

٦٦٣ـ وفي الإناثِ عَدَمُ الزَّوْجِ عَدَا جدًا لِمَحْضُونٍ لَهَا زَوْجاً غَدَا

(و) شرطها (**في الإناث**) بخصوصهن زيادة على ما تقدم (**عدم الزوج**) فإن الحاضنة إذا تزوجت ودخل بها زوجها سقطت حضانتها (**عدا**) فعل دال على الاستثناء، ومعناه جاوز وفاعله ضمير عائد على المصدر المفهوم من الكلام السابق (**جداً**) مفعول بعدا (**المحضون**) صفة لجد (**لها**)

من زوجها عبداً كان أو حراً ويشترط كونها أمينة إذ لا يوثق بالفاسقة وكونها فارغة فإن كانت متزوجة أو نكحت ودخلت بطل حقها إلا إذا كان الزوج جد الطفل وإلى ذلك أشار بقوله:

(**وفي الإناث**) أي ويشترط في الإناث بخصوصهن زيادة على ما مر (**عدم الزوج عداً جداً**

صفة في الأصل للنكرة بعده إلا أنه لما قدم عليها يعرب حالاً لأن الصفة لا تتقدم على الموصوف (زوجاً) مفعول لقوله (غدا) والجملة صفة لجد أيضاً، والتقدير وشرطها في الإناث عدم الزوج، فإن وجد سقطت وجاوز السقوط جد المحضون صار زوجاً لها أي للحاضنة ويلحق بالجد كل ولي للمحضون ولو ولي المال، وإن لم يكن محرماً له كابن العم والوصي وكل محرم، وإن لم تكن له الحضانة كالخال، فإن تزوج الحاضنة بواحد من هؤلاء كتزوجها بالوصي أو ابن العم أو كتزوج عمة الطفل بخالة لا يسقط حضانتها ولو كان للمحضون هناك حاضنة أقرب إليه منها فارغة من الزوج كما مر عند قوله: والسن بها مرعي خلافاً لما في اليزناسني هنا. ولما في (ز) عند قول (خ) أو ولياً كابن العم. وبيانه أنا إذا قلنا: إنما تبقى حضانتها بعد تزوجها بالولي المحرم إذا لم يكن هناك من يستحقها قبل ابن العم مثلاً كما يقوله اليزناسني و(ز) كان الاستثناء في النظم و(خ) ضائعاً ولو قال الناظم:

وفـي الإنـاث عـدم الـزوج عـدا ولـيـاً مـحـرمـاً لـهـا زوجـاً غـدا

لشمل كل ولي وكل محرم، ويكون لفظ محرماً معطوفاً بحذف العاطف وضمير عدا يعود حينئذ على من ذكر. وحاصله: أن الزوج الثاني إما أن يكون محرماً أو لا. وفي كل منهما إما أن تكون له الحضانة أو لا. فالأقسام أربعة تسقط حضانة المتزوجة بواحد وهو ما إذا كان غير محرم ولا حضانة له كابن الخال والأجنبي ولا تسقط في الباقي وهو المحرم الذي له الحضانة كالعم، والذي لا حضانة له كالخال وغير المحرم الذي له الحضانة كابن العم (خ): وللذكر من يحضن وللأنثى الخلو عن زوج دخل إلا أن يعلم ويسكت العام أو يكون محرماً وأن لا حضانة له كالخال أو ولياً كابن العم الخ فقوله: وللذكر من يحضن أي يشترط في الحاضن الذكر أن يكون عنده من يحضن له من زوجة أو سرية أو متبرعة، وأن يكون المحضون ذكراً أو أنثى غير مطيقة، وأما المطيقة للوطء فلا حضانة له عليها ولو مأموناً ذا أهل خلافاً لأصبغ، وقوله: إلا أن يعلم مستثنى من مفهوم دخل كما أن الاستثناء في النظم من مفهوم عدم الزوج كما قررنا، ومفهومه أنه إذا لم يعلم مستحق الحضانة بعدها بتزوجها ودخولها، أو علم ولم يسكت أو سكت أقل من عام لم تسقط حضانته، وهو كذلك كما في اللخمي وغيره، وانظر لو علم بتزوجها ودخولها وسكت عاماً إلا أنه جهل كون سكوته مسقطاً لحقه ففي (ز) أن ذلك عذر يوجب له عدم سقوط حقه في الحضانة، واعترضه الشيخ الرهوني في حاشيته بأنه لم يره منصوصاً قال: والجاري على ما يأتي من سكوت الشفيع أنه لا يعذر بالجهل بالحكم اهـ.

قلت: قد يقال من حفظ حجة على من لم يحفظ ولا يقاس سكوت الحاضنة على سكوت الشفيع لشهرة حكم سكوت الشفيع عند الناس دون حكم سكوت الحاضنة والله أعلم. ثم إذا سكت العام فهل تسقط حضانتها وحضانة من علم أيضاً وهو في المرتبة بعدها كما قالوا في

لمحضون لها) أي للحاضنة والمجرور حال من النكرة بعده إذا كان صفة لها قدم عليها **(زوجا غدا)** وفي مختصر (خ) وللذكر من يحضن وللأنثى خلو عن زوج دخل إلا أن يعلم أي الحاضن بالدخول ويسكت العام أو يكون زوج الحاضنة محرماً وأن لا حضانة له كالخال أو ولياً كابن العم.

الشفعة: إن سكوت الأقرب يسقط شفعته وشفعة من علم وهو في المرتبة بعده أو لا تسقط في الحضانة إلا حضانة الأقرب، ويستأنف للأبعد عام آخر كما في الفائق عن ابن زرب ونحوه في البرزلي عن أحكام الشعبي، ونقله الشيخ أحمد بابا مسلماً اهـ. وتقدم أن من خالع زوجته على أن تسقط هي وأمها الحضانة أنها لا تسقط في الجدة لأنها أسقطت ما لم يجب لها، وهذا إذا لم يقل في الوثيقة ثم بعد إسقاط الأم أسقطت الجدة حقها، وإلاَّ فلا كلام لها انظر ما تقدم في الخلع ومحل سقوط الحضانة بالتزوج إذا لم يتعلق الولد بأمه، ويكون عليه ضرر في نزعه منها، وإلاَّ لم تسقط حضانتها ولم ينزع منها للضرر اللاحق في الولد، وقد نص (ز) أيضاً على هذا عند شرحه للنص المتقدم عند قوله: إلا لكمرض أو موت جدة الخ. وبه يعلم أن الرضيع لا ينزع من أمه إن طلقت وتزوجت لما عليه في ذلك من الضرر الفادح، وكذا قريب الفطام حيث اعتلق بها ولم يصبر عنها، وقد شاهدنا كثيراً من الناس يطلب نزع الرضيع من مطلقته إن تزوجت فيمتع من ذلك لما يخاف من موت الولد، ولا سيما إن كان الأب فقيراً إذ لا يجد في الغالب من يرضعه ويقوم به كأمه، وإن وجده في وقت فلا يجده في وقت آخر فيؤدي ذلك لضياع الولد كما وقع ذلك بالمشاهدة، بل ولا يجوز الخلع حينئذ على إسقاط حضانتها للولد المذكور ولو تراضيا عليه كما قدمناه في الخلع.

٦٦٤ـ وما سُقُوطُهَا لِعُذْرٍ قَدْ بَدَا وَارْتَفَعَ الْعُذْرُ تَعُودُ أَبَدَا

(وما) موصولة واقعة على الحضانة مبتدأ (سقوطها) مبتدأ (لعذر) يتعلق بالخبر الذي هو قوله (قد بدا) والجملة صلة ما (وارتفع العذر) جملة من فعل وفاعل معطوفة على جملة الصلة (تعود أبداً) خبر الموصول، والتقدير والحضانة التي سقوطها قد بدا لعذر من مرض أو انقطاع لبن أو حجة فرض أو سافر بها جدها وهو جد الصبيان أو غيره من الأولياء غير طائعة، ولا يمكنها حمل المحضون معها أو جهلت أن الحق انتقل في الحضانة لها أو سافر الولي بالمحضون سفر نقلة أو خرجت لطلب ميراثها وارتفع ذلك العذر بأن برئت من المرض أو رجع إليها لبنها أو رجعت من سفر الحج والزوج، أو علمت أن الحق في الحضانة لها، أو رجع الولي من سفره بالمحضون، أو رجعت من طلب ميراثها فإن الحضانة تعود لها في ذلك كله لأنها تركت حقها في الحضانة في ذلك كله بغير اختيارها، فهي معذورة وحقها إنما سقط حال وجود العذر، فإذا زال رجعت إليها الحضانة إلا أن تتركه بعد زوال العذر حتى طال الأمد السنة ونحـ ـها مختارة فلا تأخذه ممن هو بيده أو يكون ألف من هو عندها أو شق نقله عنها كما مرّ في البيت قبل هذا.

(وما) أي الحضانة التي (سقوطها لعذر قد بدا) وكان بغير اختيارها قال مالك: بأن مرضت أو انقطع لبنها أو جهلت أن ذلك لها، فإذا صحت أو رجع لبنها أو فطم الولد فلها انتزاعه قال أبو عمران: أو انتقل به أبوه إلى بلد ثم رجع فلها أخذه وهو معنى قوله: (وارتفع العذر) المذكور فإنها (تعود أبداً) أي الحضانة وهو خبر ما بخلاف عذر أدخلته على نفسها كتزويجها بعد وجوب الحضانة لها فلا تعود كما أشار له بقوله:

تنبيهان. الأول: يفهم من قولهم: إذا خرجت الحاضنة لطلب ميراثها لا تسقط حضانتها أنها إذا خرجت للصيفية ولقط السنبل لفقرها كذلك لا تسقط حضانتها أيضاً. وفي البرزلي: إذا أرادت الخروج للصيفية ولقط السنبل ومنعها الأب من الخروج بالمحضون فإن ذلك له، ويكون المحضون عنده مدة غيبة الحاضنة في الصيفية فإذا رجعت أخذته من الأب. ابن رشد: ويحتمل أن لا يقضى للأب بمنعها من الخروج به على ما جاءت به الرواية أن لها الخروج به للمسافة القريبة التي لا تقصر فيها الصلاة. قال: وأما خروج المطلقة في العدة والمتوفى عنها لجمع السنبل فلها ذلك إن كانت محتاجة اهـ. وقال: أعني البرزلي قبل هذا ما نصه: وسئل أبو محمد المرسي عن من طلق زوجته وله منها بنات فخرجت بهن للصائفة يعني بغير إذنه أتسقط النفقة عنه مدة مقامها بهن هناك أم لا؟ فقال: ذلك ساقط عنه مدة إقامتها بهن زمن الصائفة اهـ. قال البرزلي: هذا ظاهر إن قلنا إن الحضانة من حقها، وإن قلنا إنها حق للولد أو حق لله فيجب رجوعها عليه بنفقتهن وهي تجري عندي على مسألة المحجور إذا خرج به وليه لحج الضرورة أو لغير ضرورة، وعلى خروج المرأة لزيارة أهلها أو لتطوع حج هل نفقتها واجبة أو لا؟ وأما القدر الزائد لأجل السفر فلا خلاف أنه ساقط عنه اهـ.

قلت: ويؤيد رجوعها عليه في مسألة الخروج للصائفة ما مرّ عن ابن رشد من قوله: ويحتمل الخ. وذكر (ح) آخر الباب الثاني من التزاماته ما نصه: اختلفوا في سقوط النفقة عن الأب إذا خرجت بهم إلى المكان القريب الذي يجوز لها الخروج بهم إليه ولا تسقط حضانتها فقال في ضيح، قال ابن راشد القفصي: حيث قلنا تخرج بهم فحقهم في النفقة باق على أبيهم في ظاهر المذهب، وحكي في الطراز عن ابن جماهير الطليطلي أن الأم إذا خرجت ببنيها للصائفة يسقط الفرض عن أبيهم مدة مقامهم اهـ. قال (ح): واقتصر ابن عرفة على ما حكاه صاحب الطرر ورجح في الشامل الأول، وحكى الثاني بقيل اهـ. وقد تبين بهذا رجحان القول بعدم سقوط نفقتهم عن أبيهم في خروجها بهم لقريب المكان الذي لا تقصر فيه الصلاة كما مر عن ابن رشد وكما قاله القفصي عن ظاهر المذهب، ورجحه في الشامل والله أعلم.

الثاني: إذا ترك الأب ولده عند حاضنته بعد تزوجها سنة فأكثر فليس له نزعه منها، بل يتركه عندها وتجب عليه نفقته، اللهم إلا أن يثبت تضييع الحاضنة للولد أو كون زوجها يستخدمه ويستعمله فله نزعه حينئذ قاله ابن رشد، ونقله ابن البرزلي أيضاً.

٦٦٥ـ وهي عَلَى المَشْهُورِ لاَ تَعُودُ إنْ كَانَ سُقُوطُهَا بِتَزْوِيجِ قَمِنْ

(وهي على المشهور) ابن عرفة: وهو ظاهر المدونة (لا تعود) أبداً (إن كان سقوطها بتزويج) أي بأن زوجت بعد استحقاقها الحضانة (قمن) صفة لتزويج وهو تتميم أو أراد أنه تزويج حقيقي بأن يدخل بها الزوج ابن عرفة: عن ابن رشد في سقوط حضانتها بالدخول أو بالحكم بنزع الولد منها قولان اهـ. فإن كان الموجب لعدم استحقاقها كونها ذات زوج، ثم تأيمت فلا خلاف أن الحضانة تكون لها قاله الرجراجي ونقله الأجهوري.

هذا مفهوم قوله في البيت قبله لعذر، والمعنى أن سقوط الحضانة إذا كان لغير عذر كما لو تزوجت بعد أن انتقلت الحضانة لها أو أسقطت حقها منها بعد وجوبها لها أو سكتت عاماً بعد انتقالها إليها مع علمها بذلك، فإن الحضانة لا تعود لها في ذلك كله، ولو زال التزويج في المسألة الأولى بطلاق أو موت أو فسخ وأراد بالتزويج الحقيقي وهو دخول الزوج إذ لا تسقط حضانتها قبله وشمل قوله: تزويج ما حدث بعد الانتقال كما قررنا، وما كان موجوداً وقت الانتقال فإذا تزوجت الأم والجدة متزوجة أيضاً بأجنبي وانتقلت الحضانة للخالة مثلاً ثم تأيمت الجدة، فإنه لا ينزع من الخالة ويرد للجدة على المشهور كما قاله البدر، لأن الجدة لما اتصفت بالمانع وقت تزوج الأم انتقل الحق لغيرها وتعلق حق ذلك الغير بها وما في (ز) عند قوله: أو ولياً كابن العم مما يقتضي نزعه من الخالة ورده للجدة في المثال المذكور ونحو في (ت) ههنا حاكياً عليه الاتفاق مردود بما تقدم عن البدر، كما نبه عليه بعض المحشيين والتعليل المتقدم الذي نقله (ز) وغيره عند قول المتن ولا تعود بعد الطلاق شاهد للمشهور المذكور، وظاهر النظم أنها لا تعود حيث سقطت بتزويج ولو ماتت الحاضنة التي بعدها بعد تأيم المتزوجة، وهو كذلك على المشهور عند ابن سلمون ونصه: ولا تعود الحضانة لها إن طلقت بعد ذلك على القول المشهور، وهي رواية ابن القاسم عن مالك في المدونة والعتبية، وقيل عنه في غيرهما أنها تعود إن طلقها الزوج أو مات عنها. قال ابن رشد: وهو قول المغيرة وابن دينار وابن أبي حازم، ووجه هذا القول إنه رأى أن التزوج من الأمور الضروريات فجعله عذراً كالمرض وانقطاع اللبن قال: وقد قيل إن حقها في الحضانة يسقط بالتزوج إلا في جهة من حضن الولد في حال كونها مع الزوج فإن خلت من الزوج ثم مات ذلك الحاضن كان لها أخذ ولدها، وكانت أحق بحضانته من غيرها اهـ. الغرض منه وبالقول الأول صدر ابن رشد وغيره، ولما نقل ابن عبد السلام هذه الأقوال قال: وهذا القول الثالث راجع عندي إلى القول الثاني المقابل للأول. قال اليزناسني في شرحه لهذا المحل: هذا القول الثالث نقله في ضيح عن الموازية وابن محرز والمتيطي، وعليه اقتصر في مختصره حيث قال: ولا تعود بعد الطلاق إلا لكمرض أو لموت جدة والأم خالية الخ. فاستثنى من عدم العود موت الجدة والأم خالية، وليس هذا القول الثالث مشهوراً على ما عند ابن الحاجب وابن عبد السلام وغيرهما كما في ابن عرفة وابن سلمون قال: وقد وقعت مثل هذه النازلة فأفتى فيها بعضهم بما في المختصر فنازعته وقلت له: إن ذلك القول غير مشهور، بل المشهور على ما نقله ابن الحاجب وابن عاصم وغيرهما أن التزوج يسقط الحضانة جملة فلا تعود لها أبداً حسبما تقدم اهـ. كلام اليزناسني بتقديم وتأخير واختصار، وبالجملة فما في المختصر ضعيف نقلاً ونظراً أما الأول فظاهر بما مر، وأما الثاني فلأن الأم بتزوجها كانت مختارة لإسقاط حقها، والحاضنة إذا أسقطت حقها لا تعود لها مطلقاً كما مر.

٦٦٦ـ وَحَيْثُ بِالمَحْضُونِ سَافَرَ الوَلِي بِقَصْدِ الإِسْتِيطَانِ وَالتَّنَقُّلِ

(وحيث) ظرف مضمن معنى الشرط معمول لجوابه و**(بالمحضون)** يتعلق بقوله **(سافر الولي)** والجملة في محل جر بإضافة حيث **(بقصد الاستيطان والتنقل)** يتعلق بمحذوف حال.

(وحيث) سافر **(بالمحضون)** الحر ولو رضيعاً على المشهور **(سافر)** ستة برد فأكثر وإلا لم تسقط

٦٦٧ـ فَـذَاكَ مُـسْـقِـطٌ لِـحَـقِّ الـحَـاضِـنَـهْ   إلاَّ إذَا صَــارَتْ هُـنَــاكَ ســاكِـنَــهْ

(فذاك) مبتدأ (مسقط) خبره (لحق الحاضنة) يتعلق به والجملة جواب حيث (إلا) استثناء (إذا) ظرف مضمن معنى الشرط (صارت هناك ساكنة) في محل جر بإضافة إذا، وجواب إذا محذوف للدلالة عليه أي: فلا تسقط حضانتها. ومعناه أن الولي أباً كان أو وصياً أو غيرهما من أخ أو عم ونحو ذلك إذا أراد السفر بالمحضون بقصد الانتقال والاستيطان في البلد المنتقل إليه، فإن ذلك السفر مسقط لحق الحاضنة في جميع الأحوال إلا في حالة واحدة وهي أن تنتقل مع محضونها وتصير ساكنة معه في البلد المنتقل إليه فإن حضانته لا تسقط حينئذ، وأطلق الناظم في المحضون فظاهره ولو رضيعاً، وهو كذلك على المشهور حيث قبل غير أمه وأطلق أيضاً في الاستيطان فظاهره ولو سنة. وفي الشامل: وهل يحصل الاستيطان بسنة أو لا؟ قولان. وأطلق أيضاً في الولي، والمحضون فظاهره ولو كانا عبدين وليس كذلك بل لا بد أن يكونا حرين فلو كانا عبدين أو أحدهما لم يكن الحكم ما ذكره، وأطلق في السفر فظاهره ولو أقل من ستة برد وليس كذلك، بل لا بد أن يكون سفره ستة برد فأكثر وإلا لم ينزعه منها على المعتمد لإمكان النظر مع قرب المسافة، وفهم من قوله بقصد الاستيطان أن سفره إذا كان لتجارة أو نزهة لا ينزع منها وهو كذلك، وكذلك إذا سافرت هي بقصد النزهة أو التجارة أو طلب ميراثها فإنه لا ينزع منها، بل تأخذه معها إن قرب وإن بعد كستة برد فللأب أو الولي منعها كما مر، فإن سافرت بغير إذنه في البعيد فنفقة الولد عليها كما أشار له (خ) بقوله في العدة: كنفقة ولد هربت به الخ. وفهم من قوله بقصد الاستيطان أنه يصدق في دعوى الاستيطان مع يمينه، إذ لا يعلم قصده لذلك إلا من قبله وهو كذلك على المعتمد. قال في الشامل: ولا يكلف أن يثبت ببلد الحاضنة أنه قد استوطن البلد الذي رحل إليه على الأرجح، بل يحلف على ذلك فقط اهـ. ونحوه في (خ) فما في (ت) و(م) عن ضيح من أنه يكلف بإثبات ذلك عند الحاكم لا يعود عليه، وبقي على الناظم شرطان: وهما أن يكون البلد المنتقل إليه مأموناً تجري فيه الأحكام الشرعية على مقتضاها، وأن يكون الطريق مأموناً فيه على نفسه وماله وعلى المحضون، وهذان الشرطان لا بد من إثباتهما وهما مشترطان أيضاً في سفر الزوج لزوجته كان سفره للاستيطان أم لا. ويزاد عليهما شروط كونه مأموناً في نفسه محسناً إليها. قال في العتبية: إذ ليس له أن يخرجها لذلك البلد ثم يطعمها شرك الحيتان، وظاهر كلام المعين أنه محمول على الإساءة وعدم الأمانة عند الجهل، وهو الذي لأبي محمد صالح، وبه جزم ابن ناجي قائلاً: وبه حكمت غير ما مرة، واقتصر عليه ناظم العمل المطلق حيث قال:

حضانتها لإمكان النظر مع القرب بريد ومع أمن الطريق والبلد المنتقل إليه وإلا لم يسافر به (الولي) الحر أباً أو وصياً أو غيرهما (بقصد الاستيطان والتنقل) أي إذا كان السفر بقصد النقلة لذلك المحل واتخاذه وطناً لا سفر تجارة أو سفر نزهة، ويثبت ذلك عند الحاكم وليس هناك ولي آخر في مرتبته ففي الخطاب قيل له فإن سافرت هي ثم رجعت قال: إن كان سفرها اختياراً لم تعد، وإن كان بغير اختيارها عادت لها الحضانة قيل له: فإن ألجأتها ضرورة إلى التزويج قال: تسقط حضانتها اهـ. (فذاك) السفر (مسقط لحق الحاضنة) إلا إذا انتقلت معه و(صارت هناك ساكنة) فهي على حضانتها

ومــــن لـــه زوج أراد يـــظـــعـــن يـثـبـت أنـه إلـيـهـا يـحـســن
الخ.

والذي لابن رشد والباجي أنه محمول على الأمانة وعدم الإساءة حتى يثبت خلافها، واقتصر عليه ابن عرفة والوانوغي والفشتالي في وثائقه، وكان هذا ينظر للأصل الذي هو عدم العداء والأول ينظر للغالب إذ الغالب في الناس الجرحة وعدم الأمانة، والقاعدة أنه إذا تعارض الأصل، والغالب فالحكم للغالب وكون البلد المنتقل إليه قريباً ولا يضبط القرب بستة برد، ولا بأقل. بل بحيث لا يخفى على أهلها خبرها، وهذا الشرط ذكره أبو إبراهيم مقيداً به المدونة. ونقله أبو الحسن مسلماً. وخالف فيه البرزلي وابن ناجي فلم يشترطاه وأبقيا المدونة على ظاهرها وكونه حراً وهي حرة أيضاً، وكونها قادرة على الركوب أو المشي، وكونها صحيحة لا مريضة، وأن يكون قد دخل بها وإلاَّ فلأهلها ولها المنع حتى تزف إليه فإن توفرت هذه الشروط وقالت: لا أرتحل معه حتى آخذ صداقي فإن كان قد بنى بها فلا يلتفت إلى قولها حيث كان عديماً به لأنه دين في ذمته، والفرض أن البلد المنتقل إليه تجري فيه الأحكام الشرعية، وأما إن كان موسراً فظاهر المدونة كذلك، والذي لابن يونس وارتضاه بعض قائلاً وهو المعول عليه أن لها الامتناع حتى تقبضه لأنه إذا كان موسراً لا يلزمها تأخير قبضه للبلد المنتقل إليه. قال ابن ناجي: وظاهر المدونة أن الحضرية مع توفر الشروط تخرج إلى القرى كعكسها وهو ظاهر كلامهم، وبه أفتى أبو عبد الله محمد ابن أمير المؤمنين أبي العباس أحمد، وأفتى الشيخ أبو القاسم الغبريني وأبو علي بن قداح وبعض شيوخنا وشيخنا حفظه الله بعدم خروجها حيث يكون عليها معرة أو مضرة وبه أقول اهـ.

قلت: وكثيراً ما يقع النزاع في إخراج الحضرية من فاس أو غيرها من الحواضر إلى أهل العمود أو بعض القرى، وقد كنت رأيت بعض القضاة لا يحكم بإخراجها، ولعل مستنده ما مر ولا سيما في هذه الأزمنة التي كثر فيها السرقة والغصب في القرى فضلاً عن أهل العمود فهي لا تخلو عن مضرة فضلاً عن المعرة.

٦٦٨ـ وَيُمْنَعُ الزَّوْجَانِ مِنْ إِخْرَاجِ مَنْ مِنْ حِينِ الابْتِنَاءِ مَعْهُمَا سَكَنْ

(**ويمنع الزوجان**) نائب فاعل يمنع بضم الياء (**من إخراج**) يتعلق بيمنع (**من**) موصول مضاف إليه (**من حين الابتناء معهما**) بسكون العين وهو والمجروران قبله يتعلقان بقوله: (**سكن**) والجملة صلة الموصول.

٦٦٩ـ مِنْ وَلَدٍ لِوَاحِدٍ أَوْ أُمّ وَفِي سِوَاهُمْ عَكْسُ هٰذَا الحُكْمِ

(**من ولد**) بيان للموصول المذكور (**لواحد**) نعت لولد (**أو أم**) معطوف على ولد (**وفي**

وإذا بنى زوج بزوجته فأتت معها بولد لها صغير أو وجدت هي عنده ولداً صغيراً وسكن ذلك الولد معها، ثم أراد الزوج إخراج ولدها عنه أو أرادت إخراج ولده عنها لم يكن لواحد منهما ذلك كما قال:

(**ويمنع الزوجان من إخراج من**) أي ولد (**من حيث الابتناء معهما سكن من ولد**) أي صغير وهو بيان لمن (**لواحد**) منهما (**أو أم وفي سواهم**) أي: سوى الأم وسوى ولده وولدها الساكنين من

سواهم) خبر عن قوله: **(عكس هذا الحكم)** والضمير في سواهم عائد على من الموصولة وجمع الضمير باعتبار معنى ما وقعت عليه والتقدير، ويمنع الزوجان من إخراج ولد أو أم لأحدهما سكن معهما من حين الابتناء، فإذا بنى الرجل بزوجته ومعها ولدها صغير أو وجدت هي عنده ولداً له صغيراً وسكن ذلك الولد معهما، ثم أراد أحدهما إخراج ولد الآخر فليس ذلك له ولا لها ويجبر الممتنع منهما على السكنى مع ذلك الولد، لأنه قد أسقط حقه فيه بسكوته حين سكناه وقت الابتناء، وكذلك أم أحدهما إذا سكنت معهما من حين الابتناء، ثم امتنع أحدهما من بقائها ساكنة معهما فإنه لا كلام له على ما في النظم وهو معترض كما يأتي، وأشار بقوله وفي سواهم الخ. إلى مفهوم ولد أو أم وإلى مفهوم من حين الابتناء أي: فإذا كان قريب أحد الزوجين غير ولد ولا أم بل كأخ أو ابنه أو كان ولداً أو أماً ولم يسكن معهما من حين الابتناء، ولكن أراد أحدهما أن يأتي بعد الابتناء بولده أو أمه ليسكن معهما وأبى الآخر، فإن الآبي لا يجبر على سكناه معه، وظاهر النظم أنه لا يجبر ولو لم يكن للولد أو للأخ مثلاً حاضن وليس كذلك، بل إنما لا يجبر الممتنع على سكناه معه حيث لم يدخل عليه ابتداء إذا كان للولد حاضن يمكن دفعه إليه كما قاله ابن زرب وغيره، وإلا أجبر الممتنع على سكناه معه، وإن لم يدخل عليه ابتداء، وظاهره أيضاً أن الأم كالولد في التفصيل المذكور بين أن تسكن الأم معهما في حين الابتناء فلا كلام لواحد منهما في إخراجها عنهما أو لا. فلكل منهما إخراجها وليس كذلك أيضاً. بل لكل منهما إخراجها مطلقاً كانت معهما حين الابتناء أم لا. ولو حلف أن لا يخرج أمه عن زوجته لم يعذر بذلك وحمل على الحق أبره ذلك أو أحنثه قاله ابن الماجشون. اللهم إلا أن تكون وضيعة القدر أو ذات صداق يسير أو شرط عليها السكنى مع أهله كما المتيطي وغيره، فإنها تجبر على السكنى مع أهله.

وقد تحصل أن الأولاد يفرق فيهم بين الابتناء وعدمه، وأن الأم وغيرها من الأقارب يفرق فيهم بين الوضيعة وغيرها. وقد أجاد (خ) في المسألة حيث قال: ولها الامتناع من أن تسكن مع أقاربه إلا الوضيعة كولد صغير لأحدهما إن كان له حاضن إلا أن يبني وهو معه اهـ. إلا أنه أطلق في الوضيعة وهو مقيد بما إذا لم يتحقق ضرر أهله بها وإلاَّ فتعزل عنهم، وكذا ذات

حين الابتناء وهو ما أتت به من ولد بعد الابتناء أو أتى به هو وأراد إسكانه معها، وأبت هي فالقول لمن أبى، ولا يجبر الآبي للطالب وهو المراد بقوله: **(عكس هذا الحكم)** إلا أن يكون الولد لا حاضن له وظاهره أن الأم كالأولاد في التفصيل المذكور بين أن تسكن معها من حين البناء، فلا كلام للزوجة في إخراجها عنها أو لا، فلها ذلك وليس كذلك بل لها ذلك مطلقاً ولو حلف أن لا يعزلها عن أهله لم ينفعه، وحمل على الحق أبره ذلك أو أحنثه قاله ابن الماجشون. إلا أن تكون وضيعة قدر قال مالك: رب امرأة لا يكون لها ذلك يكون صداقها قليلاً، ولعله أن يكون على ذلك تزوجها، وقد تلخص أن الأولاد يفرق فيهم بين الابتناء وعدمه، وأن الأم والأقارب يفرق فيهم بين الوضيعة وغيرها (خ): ولها الامتناع من أن تسكن مع أقاربه إلا الوضيعة كولد صغير لأحدهما إن كان له حاضن إلا أن يبني وهو معه والله سبحانه أعلم.

الشرط والصداق اليسير فإنه إذا تحقق الضرر وثبت وجب العزل، وأما غيرهن فلا يلزمهن السكنى معهم، وإن لم يثبت ضرره ولا تحقق. وهذا كله إذا لم يدع الزوج الخوف عليها من فعل المكروه إذا عزلت عن أهله، ولا سيما حيث كانت غير مأمونة كما هو الغالب في نساء زمننا اليوم، وإلاً فليجتهد القاضي في ذلك فيسكن الوضيعة ومن معها في ثبوت ضررهم بها مع ثقة له امرأة أمينة أو فيسكنهما بين قوم صالحين قاله ابن رحال.

قلت: وهو ظاهر فإن أثبت الوضيعة ومن معها ضررهم بشهادة من سكنها معهم زجر الظالم بالسجن والضرب، ولا يعزل واحدة منهن عن الأهل، لأن غالب النساء في هذا الزمان يرمن الانفراد ليتوصلن للمكروه والفساد. وانظر ما مر في ضرر الزوجين، والله أعلم.

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله

وصحبه وسلم

آمين

تم الجزء الأول من البهجة في شرح التحفة للعلامة علي بن

عبد السلام التسولي ويليه الجزء الثاني أوله باب البيوع

فهرس المحتويات